TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO DE DIREITO PRIVADO- TOMO III – FATOS JURÍDICOS

Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.

Tábua Sistemática das Matérias

Parte III

Fatos Jurídicos

Capítulo X

Negócios Jurídicos

§ 249. *Conceito de negócio jurídico.* 1. Conceito de ato jurídico (ato jurídico *stricto sensu* e negócio juridico). 2. Declarações dc vontade e manifestações de vontade. 3. Consciência da manifestação de vontade

§ 250. *Os negócios jurídicos e os regras jurídicas.* 1. Negócios jurídicos e relação juridica. 2. Negócios juridicos de direito público e negócios jurídicos de direito privado. 3. Suporte fático da regra jurídica dispositiva e da regra juridica interpretativa

§ 251. *Suporte fático dos negócios jurídicos.* 1. Elementos necessários dc suporte fático. 2. O *quid* de vontade. 3. Supodes fáticos compósitos. 4. Vontade-núcleo. 5. Elementos volitivos complementantes. 6.

Elementos complementares concernentes à sorte futura dc negócio jurídico. 7. Sucessividade necessária e sucessividade facultativa dos elementos componentes do suporte fático. 8. Principio da vinculação pela manifestação de vontade. 9. Complementação por ato estatal ou paraestatal. 10. Negócios jurídicos pendente a Lide

§ 252. Negócio *jurídico e vontade.* 1. Divergências em teoria. 2. Momento em que se dá a entrada do negócio no mundo juridico; negócios que não entram no mundo jurídico. 3. Problema da vontade contrária e da vontade de não-validade

§ 253. *Vontade e lei.* 1. Lei e constituição do negócio jurídico. 2. Efeitos jurídicos e lei. 3. Limites à vontade nos negócios jurídicos. 4. Tipos dos negócios jurídicos. 5. Limites quanto ao conteúdo e à eficácia do negócio jurídico.6 imitação do conteúdo. 7. Excessividade

superveniente do efeito e impossibilidade. 8.

Extinção do interesse do credor

Capítulo Xl

Auto-Regramento da Vontade

§ 254. *Suporte fático e vontade.* 1. Auto-regramento ou autonomia da vontade. 2. Dimensão jurídica e dimensões política e moral

§ 255. *Vontade e mundo jurídico.* 1. Entrada no mundo jurídico. 2. Lei e configuração das relações jurídicas.

3. Eficácia jurídica do negócio juridico

§ 256. *Entrada no mundo* jurídico. 1. Tipos de atos e tipos de negócios jurídicos. 2. Auto-regramento da vontade. 3. Entrada no mundo jurídico e invalidade. 4. Direito cogente e direito dispositivo. 5. Regras jurídicas interpretativas e negócio jurídico. 6. Regras jurídicas substituintes

§ 257. *Tipos de negócios jurídicos.* 1. Tipos e criação de tipos. 2. Princípio da liberdade de negócio jurídico

Capítulo XII

Elementos do Suporte Fático do Negócio Jurídico

§ 258. Negócio *jurídico e suporte* fático. 1. Elementos voutivos e elementos não-volitivos; essencias negotii, *natu ralia* nego til, *accidentalia* negotii. 2. *Accidentalia* negotii. 3. *Naturalia* negotii

§ 259. *As conseqüências da* inserção *de elemento acidental* contra *direito cogente.* 1. Sanção jurídica. 2.

Interpretação do negócio jurídico a favor dele

§ 260. *Vontade-cerne e motivos do negócio* jurídico. 1. Essencialização do acidental. 2. Motivos do negócio jurídico. 3. Motivo relevante e *accidentalia* negotii. 4. Relevância do motivo e prova

§ 261. Circunstâncias não-previstas. 1. Lei e referência a circunstâncias não-previstas. 2. Relevância da mudança das circunstâncias. 3. Efeito resolutivo por mudança das circunstâncias. 4. Assoberbamento de circunstâncias novas e imprevistas. 5. Crítica às teorias

§ 262. *Causa.* 1. Formalismo primitivo e causa. 2. A chamada "causa adjunta". 3. Causa e efeito da atribuição

§ 263. *Espécies de causa.* 1. *Causa* credendi, causa constituendi. 2. *Causa* solvendi. 3. *Causa* donandi

§ 264. Determinação da *causa.* 1. Elemento volitivo e causa.2. Negócios jurídicos causais. 3. Acordo e causa. 4. Acordo condicional. 5. Reserva e causa. 6. *Causa credendi* e causa *solvendi*

§ 265. Concorrência *de causas.* 1. Pluralidade de causas: unidade e unitariedade; complexidade no suporte fático e complexidade no negócio jurídico. 2. *Causa credendi* e *causa* donandi. 3. *Causa* credendi e *causa* solvendi

§ 266. *Causa e acordo,* no tempo. 1. Acordo sobre atribuição e causa, no tempo. 2. Acordo sobre a causa, anterior à atribuição. 3. Acordo sobre a causa, posterior à atribuição. 4. irrevogabilidade e acordo sobre causa

§ 267. Acordo sobre a *causa e simulação.* 1 Acordo sobre a causa e causa. 2. Acordo simulante sobre a causa

§ 268. *Unidade de atribuição e pluralidade de* causas. 1. Atribuição com pluralidade de causas. 2. Espécies

§ 269. *Causa e motivo.* 1. Fim, causa e motivo. 2. Diferença entre causa

e motivo. 3. Objeto e causa. 4.

Causa e direitos formativos. 5. Motivos irrelevantes e motivos relevantes. 6. Princípio da inseribilidade dos motivos. 7. Tentativa de redução das espécies de causa. 8. O art. 1.036 e a noção de causa

§ 270. Negócios *jurídicos causais e* negócios *jurídicos abstratos.* 1. Fim intrínseco ao conteúdo. 2. Causa e suporte tático. 3. Negócios jurídicos causais e negócios jurídicos abstratos. 4. Causa e negócio causal. 5.

Negócios jurídicos abstratos. 6. Figurantes do elemento causal ou do acordo causal

§ 271. Negócios *jurídicos fiduciá* rios. 1. Conceito de fidúcia e de negócio jurídico fiduciário. 2. Lei e negócio jurídico fiduciário. 3. Reminiscências da fidúcia. 4. Transmissão fiduciaria

§ 272. *As relações jurídicas* na *fidúcia.* 1. Fiduciante e fiduciário. 2. Posição jurídica do fiduciário

§ 273. *Atribuição patrimonial fiduciária.* 1. Atribuição patrimonial e fidúcia. 2. Cessão de crédito e fidúcia.

3. Duas relações jurídicas, uma causal ou abstrata, outra abstrata. 4.Negócios jurídicos fiduciários para garantia

§ 274. *Situação jurídica do fiduciário.* 1. A aquisição por parte do fiduciário. 2. Fim da fidúcia. 3. Negócio juridico fiduciário e fraude contra credores. 4. Cessão de crédito para cobrança. 5. Fim fiducial de garantia

§ 275. *Relação jurídica fiducial.* 1. Relação entre o fiduciante e o fiduciário. 2. Elemento específico da fidúcia. 3. Direitos fiduciários de garantia

§ 276. Negócio *jurídico declarativo.* 1. Conceito. 2. Tipicidade. 3. Eficácia do negócio jurídico declarativo.

4. Objeto do negócio juridico declarativo

§ 277. *Vontade negocia! e eficácia do negócio jurídico.* 1. Vontade e efeitos do negócio juridico. 2. Nome do negócio jurídico e negócio jurídico querido. 3. Eficácia do negócio jurídico e começo dela. 4.

Exemplificação de efeitos legais de fatos juridicos. 5. Regras jurídicas cogentes, regras jurídicas dispositivas e efeitos legais. 6. Eficácia reflexa do negócio jurídico

§ 278. *Negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais*. 1. Unilateralidade, bilateralidade *e* plurilateralidade. 2. Principais negócios jurídicos unilaterais. 3. Nem correlação, nem reciprocidade. 4.

Pluralidade de pessoas e unilateralidade. 5. Aceitação, manifestação de vontade com destino. 6. Espécies de aceitação. 7. Eficácia da aceitação

§ 279. *Análise dos negócios jurídicos unilaterais.* 1. Conceito. 2. A renúncia. 3. Renúncia à prescrição e outras renúncias. 4. Falsas renúncias. 5. Renúncia à exceção e renúncia â pretensão. 6. Irrevogabilidade da renúncia. 7. Renúncia em direito público. 8. Renúncia e promessa de renúncia

§ 280. *Negócios jurídicos* consensuais *e negócios jurídicos* reais. 1. Consensualidade e realidade. 2.

Negócios jurídicos reais

§ 281. Negócios *jurídicos obrigacionais* e *negócios jurídi* cos *júri-reais.* 1. Negócios jurídicos obrigacionais e negócios jurídicos de direito das coisas. 2. Acordo e ato-fato jurídico

§ 282. *Aceitação e dissenso.* 1. Conceito técnico. 2. Dissenso encoberto. 3. Dissenso encoberto e erro. 4.

Dissensus essentialis, dissensus concomitans. 5. Onus da prova. 6. Dissenso encoberto essencial e relatividade subjetiva

§ 283. *Ato jurídico coletivo.* 1. Conceito. 2. Eficácia do ato coletivo. 3. Ato coletivo e classificação dos atos jurídicos..

Capítulo XIII

Unidade, Unitariedade, Pluralidade e Complexidade

§ 284. *Exclusões metódicas.* 1. Quatro conceitos sobre quantitatividade. 2. Unidade no negócio jurídico

§ 285. *Pluralidade de elementos e unidade do* negócio *jurídico.* 1. Pluralidade de sujeitos e unidade do negócio jurídico. 2. Pluralidade de prestações. 3. Pluralidade de manifestações de vontade

§ 286. *Unicidade e unitariedade.* 1. Unidade e unicidade. 2. Fatos da vida e tipicidade jurídica

§ 287. *Estrutura do negócio jurídico.* 1. Simplicidade e complexidade do negócio jurídico. 2. Problemas de pluralidade

§ 288. *Pluralidade de manifestações de* vontade. 1. Unidade do negócio jurídico e pluralidade de manifestações de vontade. 2. Coagulação e inseparabilidade. 3. Deliberações em ato complexo. 4. Absorção, acumulação e combinação no negócio jurídico; exclusão

§ 289. Negócios jurídicos *complexos.* 1. Negócio jurídico complexo e pluralidade de negócios jurídicos. 2.

Negócios jurídicos mistos e falsamente mistos

§ 290. *Pluralidade e união de* negócios *jurídicos.* 1. Pluralidade unida e pluralidade não-unida. 2. União interna e união externa. 3. União alternativa. 4. Vontade e negócios jurídicos mistos

§ 291. *Regras jurídicas que incidem sobre os suportes* láticos dos negócios jurídicos *complexos.* 1. As teorias a respeito. 2. Análise das espécies. 3. Fim comum

§ 292. *Negócios jurídicos normal e anormalmente* mistos. 1. Mistura dentro do tipo. 2. Prestação com papel simplesmente facilitador

§ 293. *Complexidade e* forma. 1. Extensão da forma especial. 2. Pré-contrato

§ 294. *Unidade e défice.* 1. Negócio jurídico uno e o art. 153. 2. Principio de incontagiabilidade. 3. Parte separável do suporte fático. 4. Negócio jurídico único mas complexo. 5. Vícios de vontade e pluralidade de 30

pessoas

1

§ 295. *Pluralidade e défice.* 1. Contagiação internegocial. 2. Extensão da união entre negócios jurídicos. 3.

Alternação e princípio de contagiação. 4. Considerações finais

§ 296. Pressupostos do art. *153, 1ª parte (incontagiação).* 1.Problemas de inexistência e problemas de 30

contagiação.2.O que se entende por partes do negócio jurídico. 3. Negócios jurídicos unidos e art. 153. 4.

6

Separabilidade das partes e resolução por inadimplemento

§ 297. Art. *153 e* negócios *jurídicos* unitários. 1. Erro de doutrina e posição científica da questão. 2. Ilicitude de parte do negócio jurídico unitário

31

1

§ 298. *Onus de alegar e provar.* 1. Nulidade parcial e interesse. 2. Alegação e prova de haver pluralidade

§ 299. *Obrigações principais e obriga çóes* acessórias. 1. Regras jurídicas cogentes, no art. 153, 2ª parte. 2.

31

Juros superiores ao dobro da taxa legal. 3. Pluralidade de prestações

4

§ 300. *Negócios jurídicos bilaterais que* não são contratos. 1. Os chamados "acordos". 2. Acordo de transferência de direitos imobiliários. 3. Acordo de transmissão do domínio mobiliário

§ 301. *Pluripessoalidade.* 1. Identidade e incindibilidade negocial. 2. Ato coletivo 31

6

Capítulo XIV

Contratos Bilaterais

32

3

§ 302. *Conceituação e* princípios. 1. Negócios juridicos bilaterais, contratos, espécie deles, e contratos bilaterais. 2. Figurantes necessários ao contrato bilateral. 3. Falsas bilateralizações de contratos unilaterais.

4. Nulidade e ineficácia dos contratos bilaterais. 5. Dever de pré-adimplemento 33

§ 303. *Exceptio* non *adimpleti* contractus. 1. Conteúdo do art. 1.092, alínea 1ª- 2.A exceção non *rite* 1

adimpleti contractus. 3. Princípio da co-pontualidade. 4. Recusa da contraprestação. 5. Exceção dilatória

§ 304. *Exceção do* art. *1.092, alínea* 2ª. 1. Pretensão à segurança, em caso de perigar o adimplemento. 2.

Abrangência do art. 1.092, alínea 2ª

§ 305. *Conceito de distrato.* 1. Conceito. 2. Teorias sobre a natureza do distrato. 3. Negócios jurídicos distratáveis

33

§ 306. *Forma do distrato*. 1. Princípio de simetria. 2. Distrato e forma. 3. Erros doutrinários. 4. Distinção 3

quanto a outros institutos

§ 307. *Ação de restituição, se* o *dist rato foi* re secuta. 1. Qual a espécie de ação de restituição se houve distrato *re secuta.* 2. Dever de restituição

Capítulo XV

Representação

§ 308. *Conceito de representação.* 1. Presentação e representação. 2. Representação e pessoas. 3. Precisões quanto ao conceito de representação. 4. A pessoa do representado..

§ 309. *Representação ativa e representação passiva.* 1. Conceitos. 2. Representação e mensagem ou nunciatura. 3. *Sujeito do* ato jurídico

§ 310. *Poderes de representação.* 1. Conteúdo e limites da representação. 2. Pré-exclusão da representação.

3. Atos jurídicos *stricto* sensu. 4. A chamada representação mediata

§ 311. *Fontes do poder de representação.* 1. Representação legal e representação voluntária. 2. Outorga de poder. 3. Abstração e outorga de poder. 4. Poder aparente. 5. Destinatário da manifestação de vontade, na outorga de poder. 6. Forma da comunicação. 7. Restrições ao poder conferido. 8. Poder e instruções. 9.

Interpretação da outorga de poder. 10. Comunicação de outorga de poder e outorga de poder. 11. Poder não-seriamente outorgado *e* poder aparente. 12. Pessoa jurídica e órgão

§ 312. *Representação legal.* 1. Conceito preciso. 2. Representação legal e substabelecímento de poder. 3.

Exclusividade. 4. Invalidade da nomeação. 5. Extinção de representação. 3. Incapacidade absoluta. 4. Erro quanto à capacidade. 5. Interpretação da outorga ao incapaz. 6. Representação legal e capacidade do outorgante. 7. Capacidade e representação passiva. 3. Pluralidade de outorgados

§ 313. *Capacidade de outorga e de exercício de poderes.* 1.Outorgante, outorgado *e* capacidade. 2. Exercício do poder § 321. *Cessação do poder de representação.* 1. Extinção do poder de representação sem fundo. 2.

Extinção do poder de representação fundado. 3. Forma da revogação

§ 314. *Conteúdo e extensão do poder de representação.* 1. Determinação. 2. Poderes múltiplos. 3.

Substabelecimento e suboutorga. 4. Eficácia da outorga de poder de representação. 5. Natureza do poder outorgado e eficácia da outorga.

§ 315. *Circunstâncias concernentes ao representado e ao representante.* 1. Vícios de vontade. 2.

Conhecimento e dever de conhecer

§ 316. O *ato de representação.* 1. Suporte fático da representação. 2. Teorias

§ 317. *Exercício do poder de representação.* 1. Prática de ato. 2. Alcance do ato de exercício. 3. Necessidade da manifestação de vontade. 4. Espécies em que falta a representação. 5. Quando se precisa conhecer a vontade de representar. 6. Anulabilidade das outorgas de poder

§ 318. *Negócios jurídicos do representante* consigo *mesmo.* 1. Posição do problema. 2. Direito comum. 3.

Regras jurídicas de exclusão da representação e regras de nulidade

§ 319. *Sanção, se há* lex specialis *contrária ao* princípio *de validade.* 1. Problema de técnica legislativa. 2.

Soluções *de lege lata*

§ 320. *Eficácia do exercício do poder de representação.* 1. Eficácia quanto ao representado. 2. Validade dependente do representado e do representante. 3. Atos jurídicos *stricto sensu,* negócios jurídicos unilaterais e falta de poder de representação. 4. Pendência de eficácia.

5. Promessa de ratificação em caso de falta de poder. 6. Eficácia da ratificação. 7.Qual a fonte da eficácia em caso de ratificação. 8. Responsabilidade do representante sem poderes

§ 322. *Eficácia após a extinção do poder de representação.* 1. Tutela dos interesses do outorgado *e* de terceiros de boa-fé. 2. Tutela dos terceiros

§ 323. *Mensageiro* (Nuntius). 1. Figura do mensageiro; explicação da sua natureza. 2. Espécies de mensageiros. 3. Mensageiros, epístolas e cartas. 4. Inexatidão ou infidelidade na transmissão. 5. Princípios comuns à nunciatura e à representação

Capítulo XVI

Conteúdo dos Atos Jurídicos

§ 324. *Conteúdo do ato jurídico.* 1. Conceito de conteúdo. 2.Elementos essenciais e elementos acidentais do ato jurídico. 3. Conteúdo necessário. 4. Regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas; e conteúdo dos atos jurídicos

§ 325. *Interpretação dos atos jurídicos.* 1. Conceito de interpretação. 2. Interpretação e ato jurídico. 3.

Interpretação das leis e interpretação dos atos jurídicos

§ 326. *Vontade e interpretação.* 1. Exteriorização da vontade. 2. Simples aparência e nenhuma aparência

§ 327. *Princípios fundamentais da interpretação.* 1. Princípios fundamentais. 2. Usos e regras jurídicas de interpretação. 3. Em boa-fé". 4. Conteúdo do art. 85. 5. Intenção e intenções. 6. Atos jurídicos stricto *sensu.*

7. Atos juridicos de direito público. 8. Aplicação do art. 85 do Código Civil

§ 328. *Interpretação e operações para interpretar.* 1. Categorias jurídicas e tipos. 2. Vontade comum

§ 329. *Meios extrínsecos de interpretação.* 1. Circunstâncias. 2.Regras de interpretação. 3. Interpretação completativa

§ 330. *As formas e o art, 85.* 1. Intenção e forma. 2. Cláusulas impressas dos instrumentos públicos..

§ 331. *Quem interpreta o ato jurídico.* 1. Interpretação pelo figurante *ou* pelos figurantes. 2. Interpretação pelo juiz. 3.Questão de direito e questão de fato

Capítulo XVII

Forma

§ 332. *Conceito de forma.* 1. Fatos jurídicos e forma. 2.Forma; existência, validade e eficácia do ato jurídico.

3. Forma e boa-fé. 4. Repetição de ato

§ 333. *Forma e ato jurídico.* 1. Forma *e* todo do ato jurídico. 2. Forma e interpretação. 3. Forma e direito cogente, dispositivo e interpretativo. 4. Forma tácita ou forma fática

§ 334. *Forma especial.* 1. Conceito. 2. Forma especial e exigência para certo efeito, ou efeitos. 3. Forma e pré-contrato. 4. Regras juridicas sobre forma escrita

§ 335. *Elementos complementares do suporte fático.* 1. Fatos estranhos à forma. 2. Qualificação legal

§ 336. *Instrumentos e suas espécies.* 1. Duplo sentido. 2. Forma escrita. 3. Dicotomia

§ 337. *Instrumento público.* 1. Conceito. 2. Lançamento do ato jurídico. 3. Que há de conter a escritura pública? 4. Presunção de verdade do conteúdo

§ 338. *Pressupostos da escritura pública.* 1. Oficial público e instrumentação. 2. Requisitos eventuais. 3.

Falta de menções. 4. Traslados

§ 339. *Instrumento particular.* 1. Conceito; assinatura do escrito. 2. Duas testemunhas. 3. Poder de disposição *e* administração livre dos bens. 4. Firmas reconhecidas. 5. Eficácia quanto a terceiros. 6. Texto do instrumento particular. 7.

Textos e assinaturas; ordem no tempo

§ 340. *Forma e pluralidade de atos jurídicos.* 1. Forma e ato jurídico. 2.

Invalidade e validade; revogação. 3.

Negócios jurídicos integrantes de negócios jurídicos. 4. Transmissão telegráfica. 5. Forma e recepticiedade.

6. Pluralidade sucessiva de formas. 7. Pactos adjectos. 8. Atos jurídicos unilaterais

§ 322. *Eficácia após a extinção do poder de representação.* 1. Tutela dos interesses do outorgado *e* de terceiros de boa-fé. 2. Tutela dos terceiros

§ 323. *Mensageiro* (Nuntius). 1. Figura do mensageiro; explicação da sua natureza. 2. Espécies de mensageiros. 3. Mensageiros, epístolas e cartas. 4. Inexatidão ou infidelidade na transmissão. 5. Princípios comuns á nunciatura e á representação

Capítulo XVI

Conteúdo dos Atos Jurídicos

§ 324. *Conteúdo* do *ato jurídico.* 1. Conceito de conteúdo. 2.Elementos essenciais e elementos acidentais do ato jurídico. 3. Conteúdo necessário. 4. Regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas; e conteúdo dos atos juridicos

§ 325. *Interpretação dos atos jurídicos.* 1. Conceito de interpretação. 2. Interpretação e ato jurídico. 3.

Interpretaçáo das leis *e* interpretação dos atos jurídicos

§ 326. *Vontade e interpretação.* 1. Exteriorização da vontade. 2. Simples aparência e nenhuma aparência

§ 327. *Princípios fundamentais da interpretação.* 1. Princípios

fundamentais. 2. Usos e regras jurídicas de interpretação. 3. “Em boa-fé”. 4. Conteúdo do art. 85. 5. Intenção e intenções. 6. Atos jurídicos *stricto sensu*.

7. Atos jurídicos de direito público. 8. Aplicação do art. 85 do Código Civil

§ 328. *Interpretação e operações para interpretar*. 1. Categorias jurídicas e tipos. 2. Vontade comum

§ 329. *Meios extrínsecos de interpretação*. 1. Circunstâncias. 2. Regras de interpretação. 3. Interpretação completativa.

§ 330. *As formas e o art. 8.5*. 1. Intenção *e* forma. 2. Cláusulas impressas dos instrumentos públicos..

§ 331. *Quem interpreta o ato jurídico*. 1. Interpretação pelo figurante *ou* pelos figurantes. 2. Interpretação pelo juiz. 3. Questão de direito e questão de fato

Capítulo XVII

Forma

§ 332. *Conceito de forma.* 1. Fatos jurídicos e forma. 2. Forma; existência, validade e eficácia do ato jurídico. 3. Forma e boa-fé. 4. Repetição de ato

§ 333. *Forma e ato jurídico.* 1. Forma e todo do ato jurídico. 2. Forma e interpretação. 3. Forma e direito cogente, dispositivo e interpretativo. 4. Forma tácita ou forma fática

§ 334. *Forma especial.* 1. Conceito. 2. Forma especial e exigência para certo efeito, ou efeitos. 3. Forma e pré-contrato. 4. Regras juridicas sobre forma escrita

§ 335. *Elementos complementares do suporte fático.* 1. Fatos estranhos à forma. 2. Qualificação legal

§ 336. *Instrumentos e suas espécies.* 1. Duplo sentido. 2. Forma escrita. 3. Dicotomia

§ 337. *Instrumento público.* 1. Conceito. 2. Lançamento do ato jurídico. 3. £Que há de conter a escritura pública? 4. Presunção de verdade do conteúdo

§ 338. *Pressupostos da escritura pública.* 1. Oficial público e instrumentação. 2. Requisitos eventuais. 3.

Falta de menções. 4. Traslados

§ 339. *Instrumento particular.* 1. Conceito; assinatura do escrito. 2. Duas testemunhas. 3. Poder de disposição e administração livre dos bens. 4. Firmas reconhecidas. 5. Eficácia quanto a terceiros. 6. Texto do instrumento particular. 7.

Textos *e* assinaturas; ordem no tempo

2

§ 340. *Forma e pluralidade de atos jurídicos.* 1. Forma e ato jurídico. 2. Invalidade *e* validade; revogação. 3.

Negócios jurídicos integrantes de negócios jurídicos. 4. Transmissão telegráfica. 5. Forma e recepticiedade.

6. Pluralidade sucessiva de formas. 7. Pactos adjectos. 8. Atos jurídicos unilaterais

§ 341. *Escritos e voz em língua estrangeira.* 1. Conteúdo do art. 140 do Código Civil. 2. Suporte fático do ato jurídico e prova. 3. Exatidão da tradução

47

6

§ 342. *Forma voluntária.* 1. Conceito e determinação. 2. Meios de determinação.

§ 343. *Atos jurídicos que exigem por lei forma pública.* 1. Conteúdo do art. 134 do Código Civil. 2. Pactos ante-nupciais e adoções. 3. Negócios jurídicos para a constituição ou translação de direitos reais sobre imóveis, ou de renúncia a essa ou àquela. 4. Exceções ao art. 134, II

§ 344. *Atos de autorização, em* senso lato, *e de anuência.* 1.

Manifestações de vontade anteriores e

posteriores ao ato jurídico. 2. Natureza abstrata dos atos jurídicos necessários a outro. 3. Assentimento 48

posterior. 4. Convalescença e eficacização

5

49

Capítulo XVIII

5

50

Prova dos Fatos Jurídicos

2

§ 345. *Conceito de prova.* 1. Prova *e* convencimento. 2. Lugar, na sistemática jurídica, em que se tem de tratar da prova. 3. Fatos e regras jurídicas. 4. Ignorância dos fatos e ignorância do direito. 5. Enunciados de 50

fato. 6. Conteúdo não-volitivo do ato jurídico. 7. Proposições elípticas e enunciados de fato 3

§ 346. *Conceito de ônus da prova.* 1. Dever e ônus, dois conceitos distintos. 2. O que é ánus da prova. 3.

Tutela jurídica e prova. 4. Objetividade do ônus da prova

50

4

§ 347. *Meios de prova.* 1. Que são meios de prova. 2. Meios de prova,

segundo *o* art. 136 do Código Civil

§ 348. *Incerteza e ônus da prova.* 1. Incerteza e prova.2. Quem alega tem de provar. 3. Coincidência intersubjetiva de enunciados. 4. Incerteza subjetiva

§ 349. *Eficácia* da *confissão.* 1. Distinção liminar 2. Valor probatório. 3. Natureza da confissão extrajudicial.

4. Conf issão e negócio jurídico de reconhecimento. 5. Retratação..

§ 350. *Traslado, certidões e públicas-formas.* 1. Conceitos. 2.Pública-forma. 3. Conteúdo do art. 138 do Código Civil, 4.Traslados de escrivães, que precisam, ou não, de concerto. 5. Conteúdo do art. 139 do Código Civil. 6. Certidões. 7.Firmas reconhecidas

§ 351. *Testemunhas e depoimento,* 1. Dever e ônus. 2. Testemunhas instrumentárias. 3. Conteúdo do art. 141

e parágrafo único do Código Civil (Código Comercial, art. 123). O art. 401 do Código de 1973. 4. Nãoincidência do art. 401 (Código Civil, art. 141, e Código Comercial, art. 123, alínea le). 5. Proibidos de depor.

6. Sigilo profissional

§ 352. *Presunções.* 1. Espécies de presunções. 2. Presunções legais relativas

§ 353. *Prova importada.* 1. Cedidões de atos processados em juízo. 2. Valor da prova importada

§ 354. *Prova pericial.* 1. Natureza da prova pericial. 2. Perito

§ 355. *Indícios.* 1. Indícios, conceito. 2. Prova por meio de gravação.

PARTE III

Fatos Jurídicos

(continuação)

Negócios Jurídicos

§ 249. Conceito de negócio jurídico

1. *Conceito de ato jurídico (ato jurídico* stricto sensu *e negócio jurídico).* A prestante função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio juridico e ato jurídico não negocial ou stricto *sensu,* naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico *siricto sensu* consiste em *manifestação de vontade.*

Frisemo-lo bem: manifestação de vontade; para que não incorramos no erro de definirmos como coextensivos, superponíveis de modo completo, a manifestação de vontade (suporte tático) e *o* negócio jurídico, que é apenas uma das classes dos atos jurídicos em que há, como elemento fático, manifestação de vontade. O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. Naturalmente, para tal poder fático de escolha supõe-se certo auto-regramento de vontade, dito

„autonomia da vontade", por defeito de linguagem *(nomos* é lei); com esse autoregramento, o agente determina as relações jurídicas em que há de figurar como termo. De antemão, excluamos a confusão entre *o* negócio jurídico *e* o suporte fático *(negotium)* do negócio jurídico. Negócio *jurídico* é classe de fatos *jurídicos;* e não de suportes fáticos. Negócio juridico já é *o* suporte fático, *o negotium,* após a entrada desse no mundo juridico. Se *o* negócio jurídico fosse o suporte tático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável. rescindivel, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resiliveis, nem denunciáveis. Quando A joga, ou aposta, as manifestações de vontade, que fazem *o* suporte fático do negócio jurídico de jogo, ou de aposta, não são nulas: nulidade "de fatos" não teria sentido. Nulo é o negócio jurídico de jogo, se é, por exemplo,

proibido, sem se lhe vedar a entrada no mundo jurídico.

Para os juristas romanos, *negotium* era mais do que o elemento negocial que há nos negócios jurídicos segundo *o* conceito estrito e preciso de hoje (O. Gradenwitz, *Die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgescbâfte,* 1; sem razão, F. Sintenis, *Das pra ktische gemeine Zivilrecht,* 1, 2ª ed., § 19, nota 1). À

palavra *negotium* não corresponde exatamente "negócio jurídico". No direito pretório, era de *gestum* que se falava. Deve-se a Ritter Hugo a criação da expressão "Rechtsgeschãft", negócio jurídico, e o Código Civil saxônio (§ 88) foi o primeiro a defini-lo. A definição que aludiu à vontade de criar relação jurídica não tem os inconvenientes de muitas que se lhe seguiram. A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico. Daí o erro de se identificarem manifestação de vontade, que éacontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que éjuridicização do suporte fático (manifestação de vontade + x + incidência da lei). Há manifestações de vontade que entram no mundo jurídico sem produzirem negócio jurídico. Tampouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser "clara" *(=* declarada).

2. *Declarações de vontade e manifestaçóes de vontade.* Com *o* emprego alternado, ou desatento, das expressões "declaração de vontade" e "manifestação de vontade", os juristas levaram o conceito de negócio jurídico a imprecisões lamentáveis. Desse modo, o primeiro cuidado que se há de ter, em exposição científica, é o de se responder à questão básica: ~Existem negócios jurídicos em que *o* suporte fático seja manifestação simples, em vez de *declaração de* vontade? A resposta é afirmativa, ainda se não se dilata, como, erradamente, fazem alguns, o conceito de declaração de vontade, até conter o de manifestações não declaradas de vontade; e negativa, se não se mantém a distinção, já assente no direito comum, entre declarações de vontade, atuações (manifestações simples, adeclarativas) dc vontade *e* atos reais, e se tomam a esses e aos outros atos-fatos como se fossem manifestações de vontade. Desde que se entendesse como declaração de vontade toda exteriorização de vontade e como declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, toda exteriorização de vontade de negócio, poder-se-ia dizer que *o* negócio jurídico tem *sempre,* por suporte fático, declaração de vontade; mas, com isso, se sacrificana à *unidade* do *continente a diversidade do conteúdo.* A

distinção entre declaração de vontade (senso estrito e certo) e o ato de vontade adeclarativo, ou simples manifestação de vontade, presta serviços relevantes à prática e tem todo fundamento na realidade psicológica. Não seria de admitir-se que não produzissem negócio jurídico atos humanos adeclarativos, em que há *vontade* de negócio, como: a aceitação da herança (art. 1.581, § 12, 2ª

parte, *pro herede* gestio); a aceitação da oferta pelo consumo da mercadoria, ou pela encadernação do livro ofertado, ou pela tomada de posse e uso do terreno alugando, ou outro ato de vontade, adeclarativo (mis.

1.079 e 1.084); a aprovação do *dominus negotil,* por atos de consumo das coisas enviadas por gestor, ou pela remessa de utensílios (arts. 1.079 e 1.343); ou *o* uso da coisa vendida a contento (arts. 1.079 e 1.147); a derrelicção *(art.* 592, *verbis* "coisa abandonada"; *aliter, o* abandono de imóvel, art. 589 e § 2ª) e o reconhecimento da filiação, no caso dos arts. 340, II, e 341. Alguns atos adeclarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade *tácitas:* tal é, por exemplo, a revogação do testamento pela destruição (art. 1.749). Tácito, aí, significa "silente", "calado", sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos adeclarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, — ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação *(re-vocatio)* dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (mis. 1.079 *e* 1.316, 1), tenha dito que como "declaração" de vontade de determinado conteúdo se devera *considerar, ou* porque, segundo as circunstâncias, *o* que deixa de falar *sabia* que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio. No ato volitivo adeclarativo, o ato é indício de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda *o* é, mas há o *plus* de *declaração* de vontade, embora sem palavras. Nem todos os atos volitivos adeclaratívos podem ser, ou são, suporte fático de negócios jurídicos; aliás nem todas as declarações de vontade podem ser, ou são suporte fático de negócios jurídicos. A restituição do penhor é ato volitivo adeclarativo; não é negócio jurídico. A declaração de vontade de confessar-se ao padre não é suporte fático de negócio jurídico.

Deve ter-se, sempre. em retentiva: *a)* que há mais declarações de vontade (A) e atos volitivos adeclarativos (B) do que aqueles que podem ser suporte fático (5) de negócios jurídicos (A) 5, B) 5); *b)* que, nas declarações de vontade *silentes* (ditas tácitas), não éo ato,

indicium voluntatis, que se interpreta como declaração, éalgo por sobre ele, tanto que se pode dar que nenhum ato tenha existido. Daí não devermos colocar as declarações de vontade silentes *(*= tácitas) como espécie da classe dos atos volitivos adeclarativos *(*= atuações de vontade, *Willensbestàtigung,* O. Lenel, Stellvedretung und Vollmacht, *Jhenings Jahrbúcher,* 36, 4), como erradamente fez A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 404, nota 24, em contradição. aliás, com parte do texto). Também não se há de dizer que, nas declarações de vontade silentes, não há intenção de comunicar a vontade; exatamente a respeito delas, a lei ou as circunstâncias, suficientes em direito, puseram *como* assente que essa intenção *existe.* Se a própria manifestação de vontade dá resposta sobre qual seja o seu conteúdo, diz-se expressa. Fora daí, é tácita (R. Henle, *Ausdrúckliche und stillschweigende Willenserklàrung,* 30 s.). Ao ato a declarativo não é necessário *que* falte a intenção de comunicar vontade: *o que* lhe é necessário, por definição, é que não ponha *clara* a vontade (falta-lhe o clarim, a *vox).* Se há *vox,* embora "silente", há ato declarativo. Na atuação pura *(*= ato volitivo adeclarativo), não há declaração silente ou tácita. Na declaração, há, necessariamente, intento de divulgação (= não segredo); na atuação pura, pode haver intenção de segredo. O que apanhou, alta noite, a coisa móvel sem dono, sem querer que se saiba como a adquiriu, adquiriu, por ocupação, a coisa; e aí não hã suporte fático suficiente para negócio jurídico.

Se *o* ato volitivo adeclaratívo foi com intenção de que se soubesse. nem por isso a ocupação se fez negócio jurídico. Porém o testador *que* destrói, às escondidas, o testamento, de cuja existência talvez ninguém soubesse, revoga-o. A dívulgabilidade nao *e,* pois, critério para se distinguir o ato volitivo adeclarativo, que pode ser suporte fático de negócio jurídico, e o ato adeclarativo, que nao pode ser suporte tático de negócio jurídico. O que importa, para se saber se a declaração de vontade ou o ato volitivo adeclarativo pode ser suporte tático de negócio jurídico, é precisar-se se a vontade, que ali se declara, ou que aqui se manifesta, contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico. *Não há negócio sem vontade de negócio.* Vontade de negócio, *e* não só declaração de vontade; mais: vontade de negócio, sem ser essencial a recepticiedade. O testamento particular (= ológrafo) é negócio jurídico, cujo suporte fático é declaração de vontade: o testador não só testa, mas declara-o; sem que haja intuito de divulgá-lo, desde já, *e* sem que essa divulgação pudesse ter qualquer eficácia pró ou contra o que se testou. A declaração de vontade pode ser sem destinatário imediato. Atos jurídicos adeclarativos quase sempre são sem destinatário imediato.

3. *Consciência da manifestação de vontade.* O elemento "consciência" é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade (ato adeclarativo, que basta ao negócio jurídico). A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria mesma do auto-regramento da vontade (dita da autonomia privada), consciente. De modo que é suporte fático do negócio jurídico assim a declaração de vontade como o ato volitivo (adeclarativo), *desde que* a vontade, que ali se „declara" *e* aqui se indicia", seja a de negociar (=

concluir negócio jurídico). Se falta a manifestação da vontade, o negócio jurídico é *nenhum;* resta saber se énenhum quando falte a consciência da exteriorização da vontade de negócio, ou a consciência de que do ato seria inferida a vontade de negócio. (O problema nada tem com *o* do *erro,* porque esse concerne ao *conteúdo* do negócio *jurídico:* a anulabilidade segundo *o* art. 86-91 só se dá se o declarante, ou agente do ato volitivo adeclarativo. que é suporte tático do negócio jurídico, não *quis* declaração ou manifestação *desse conteúdo* que lá está).

a)

A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (= ato a declarativo) para compor suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico. *b)* A falta de consciência da exteriorização da vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade (= ato volitivo adeclarativo) para compor suporte fático de negócio jurídico. O que se sentou. no momento de aprovação de negócio jurídico de adesão, porque ia perder os sentidos, não o aprovou, — exatamente como aquele que *perdeu* os sentidos e se sentou: ali faltou consciência de manifestação; aqui, de vontade. Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo adeclaratívo que possa ser suporte fático de negócio jurídico.

(A discussão sobre ser, nos negócios jurídicos, preponderante, ou não, a lei, em relação à vontade, é falsa questão. A regra jurídica incide sobre *o* suporte fático do negócio jurídico como incidiria sobre qualquer outro, ainda quanto seja para deixar de fora algum elemento. Se os efeitos provêm, na espécie, da lei, ou do que se quis, depende da natureza das regras jurídicas que incidem, — da lei, se não deixou à vontade dos figurantes, ou se é dispositiva e o figurante não dispôs, ou

os figurantes não dispuseram, ou da vontade, se a lei o deixou à vontade do figurante, ou dos figurantes. Nada adianta dizer-se que a vontade do figurante, ou dos figurantes, é a *causa efficiens* e a regra jurídica a *condicio sine qua non;* nem pôr-se em relevo o papel da lei *que* cria, a seu jeito, as categorias jurídicas).

§ 250. Os Negócios jurídicos e as regras jurídicas

1. *Negócios jurídicos e relação jurídica.* Todo negócio jurídico cria *relação jurídica,* constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções. Essa projeção efícacial do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, — *parecendo-se* com a projeção eficacial das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa parecença qualquer assimilação, menos ainda identificação. O que os interessados no negócio jurídico estabelecem não é mais do que eficácia do negócio jurídico; não e, sequer, vontade que permanece, nem se há de confundir a *vontade,* que traçou a conduta futura e o futuro do próprio negócio jurídico, com a *eficácia* do negócio jurídico que aponta essa conduta e faz preestabelecido o futuro do negócio jurídico. Por vezes, é preciso que o conteúdo e o futuro da eficácia do negócio jurídico sejam *previstos* claramente; dai a técnica legislativa adotar

a)

regras jurídicas dispositivas, regras jurídicas „preenchentes", que tomem *o* lugar das manifestações de vontade que deveriam ter sido feitas num ou noutro sentido *e* não no foram, e *b) regras jurídicas interpretativas,* que sirvam, na dúvida, para se entender o que foi que quiseram os manifestantes obscuros.

Regras jurídicas somente para os casos em que se não haja adotado alguma declaração, *ou* manifestação, —

as regras jurídicas dispositivas nada sofrem com ficarem sem incidência. Elas mesmas se marcaram esses limites. São normas para se encher *vazio* de declaração ou de manifestação de vontade. As regras jurídicas interpretativas nada dispõem: resolvem dúvida, que o próprio manifestante deixou.

2. *Negócios jurídicos de direito público e negócios jurídicos de direito privado.* As regras jurídicas, em virtude de cuja incidência suportes fáticos se fazem fatos jurídicos, inclusive negócios jurídicos, podem ser de *direito público* ou de *direito privado.* De direito privado, — tanto de direito de família quanto de direito das obrigações, das coisas e das sucessões. Onde a pessoa pode escolher suporte fático, que leve ao negócio jurídico A, ou suporte fático, que leve ao negócio jurídico B, ou, ainda, onde pode querer ou não querer o negócio jurídico A, ou B, a declaração suficiente de vontade ou a manifestação suficiente de vontade é exercício do auto-regramento de vontade. Há negócios jurídicos de direito das gentes, de direito constitucional, de direito administrativo, de direito social, de direito processual, de direito privado. O direito privado não rege aqueles, ainda quando tenham efeitos no plano do direito privado. Se a regra jurídica, que é de direito privado, *também* é regra jurídica de algum daqueles ramos é questão que só se pode responder no *direito de fontes* de cada ramo.

3.

Suporte fático da regra juridica dispositivo e da regra jurí *dica interpretativa.* O suporte fático da regra jurídica dispositiva é a parte, *falha* (= vazia) em manifestação de vontade, ou em declaração de vontade, do suporte fático do negócio jurídico. Não é a falha *de vontade, e* sim a falha *de manifestação.*

declarativa ou adeclarativa. O suporte fático da regra jurídica interpretativa do negócio jurídico é a manifestação de vontade, declarativa ou adeclarativa, que precisa ser entendida em operação mediata (= éela obscura) e para a qual a regra jurídica dá a solução dessa operação.

§ 251. Suporte fático dos negócios jurídicos

1. *Elementos necessários do suporte fático. No* suporte fático dos negócios jurídicos, hão de estar os elementos *necessários* a todos os negócios jurídicos, a certa subclasse deles, ou a certa categoria jurídica.

Naturalmente, hão de estar, precipuamente, os elementos necessários aos fatos jurídicos, porque negócio jurídico já é subclasse. A capacidade de direito é pressuposto necessário comum a todos os atos jurídicos. A capacidade civil, se falta, torna *deficiente* o suporte fático e faz nulo (arts. 50 *e* 145, 1) ou *anulável* (arts. 6ª e 147, 1) o negócio jurídico. A falta de capacidade de direito determinaria *inexistência* do negócio jurídico, porque não seria só deficiente, mas insuficiente, o suporte fático.

2. *O* quid *de vontade.* No suporte fático do negócio jurídico, há de estar declaração suficiente de vontade ou manifestação suficiente de vontade. A prova de que o negócio jurídico pode ter, no seu suporte fático, mera manifestação de vontade, em vez de declaração de vontade, está em que *o* consumo das coisas *pelo dominus negotii* é suporte fático suficiente de negócio jurídico, bem assim a derrelicção. Na revogação das disposições testamentárias pela destruição do testamento, a lei aponta declaração silente. Naqueles dois casos, e não nesse, *quer-se* e *manifesta-se* o querer, sem se „declarar" o que se quer.

3. *Suportes fáticos compásitos.* A declaração de vontade ou a manifestação de vontade, que está no suporte fático, pode estar so, ou com outras declarações ou manifestações de vontade *a latere.* ou com atos-fatos, ou com fatos humanos, ou extra-humanos, como *o* decorrer do tempo, ou com ato de autoridade judicial, *ou* não ou de pessoa encarregada pelo Estado de integrar o suporte fático. Algumas vezes, *o outro* elemento é de outro suporte fático, que se segue ao negócio jurídico, só *o* integrando na eficácia. *a)* Se a declaração de vontade (A). ou a manifestação de vontade (B), suficiente á composição do negócio jurídico, é *sozinha,* o negócio jurídico é, nesse particular, coincidente com a declaração ou manifestação de vontade. Em todo o caso, são de distinguir-se desse elemento sozinho o elemento que é só e não *o* podia ou não o devia ser (=

suporte fático insuficiente ou deficiente), bem como o elemento só em manifestação, mas acompanhado de outro, pela incidência de regra jurídica dispositiva. *b)* Se a declaração ou manifestação é *multíplice,* a declaração ou manifestação de vontade está acompanhada de outros fatos (A ou B (suporte fático): ou *o* agregado de A, A", A" ou ou A, B, ou A, B, A" etc., compõe o suporte fático, ou há, junto aos elementos de vontade, elementos que não entram (C) na classe das declarações ou das manifestações de vontade. Num *e* noutro caso, evidencia-se que

não se podem identificar as declarações ou manifestações de vontade com o suporte fático total (podem só ser parte dele), menos ainda com o negócio jurídico.

4. *Vontade-núcleo.* Se *o* elemento de vontade é *multíplice,* alguma declaração de vontade, *ou* alguma manifestação de vontade *exerce* papel de *núcleo,* isto é, de elemento *definidor do* conteúdo especifico do negócio jurídico. Noutros termos: sem esse elemento, ou *o* negócio jurídico não seria, ou seria *outro* negócio jurídico. Em torno do núcleo, estão os outros elementos volitivos, inclusive os que as regras jurídicas dispositivas revelam; sem que sejam necessários à determinação do conteúdo específico do negócio jurídico.

Sem eles, o negócio jurídico, tal qual é, em sua especificidade, seria; e a diferença entre o negócio jurídico sem eles ou *o* negócio jurídico com eles não lhe afetaria a natureza (cf. art. 87). A capacidade civil, especialmente a capacidade para os negócios jurídicos (capacidade negocial), *o* poder de disposição, a procuração etc., são elementos do suporte fático e acompanham todas as declarações ou manifestações de vontade, sem que a falta deles ou de algum deles exclua a *suficiência* do suporte fático: só o torna *deficiente.*

E.g., o negócio jurídico do louco é *nulo,* e não *inexistente.* A alienação do bem móvel, com a tradição, pelo que não tem poder de disposição, é nula; a venda, a troca, ou outro contrato sobre o bem móvel, pelo não-proprietário, ou por pessoa que não tem o direito de disposição, é *ineficaz* para a alienação.

O elemento do suporte fático em contacto com o núcleo ou *a)* o completa (elemento completante do núcleo) ou *b)* o complementa (elemento complementar).

5.

Elementos volitivos complementantes. Os elementos volitivos que complementam *o* núcleo (evite-se dizê-los acessórios; não há, aí, qualquer acessoriedade), duos *complementares ou com pIementantes* (diferente de completantes, como se *o* núcleo é composto de dois elementos volitivos, pois um *completa* o outro) podem ser declarações ou manifestações de vontade.

(a) A *capacidade civil e o poder de disposição* são pressupostos subjetivos, complementares do núcleo; o assentimento de terceira pessoa (do pai *ou* tutor do menor relativamente incapaz, do cônjuge para alienação ou gravame de bens particulares seus), nao: nem é pressuposto subjetivo, nem é declaração ou manifestação de vontade *núcleo* do suporte fático; faz parte do suporte fático como *condicio uns e* a sua falta dá ensejo á anulabilidade (simples deficiência do suporte fático). Quem presta o assentimento não é negociador, é pessoa anexa ao negócio jurídico. Não se deve dizer, sequen *que* é"parte anexa", — é *figurante anexo.* Os Códigos Civis e Comerciais costumam tratar dos atos volitivos dos pais, tutores, curadores, cônjuges etc., ao mesmo tempo que dos pressupostos; isso de modo nenhum os faz pressupostos: a manifestação de vontade do menor relativamente incapaz é parte do suporte fático, núcleo, ou não, dele; a sua capacidade civil épressuposto subjetivo (parte não-volitiva do suporte fático); a assistência (= prestação de assentimento) do titular do pátrio poder ou do tutor é manifestação de vontade complementante e das outras declarações ou manifestações de vontade. A sua presença serve á validade; a sua falta determina anulabilidade do negócio jurídico. Por onde se vê que, *fora do núcleo,* tudo que aparece no suporte fático só interessa à *validade* ou *eficácia* do negócio jurídico, não à sua existência. Se complementante do núcleo, há nulidade, se falta. Se complementante do elemento, a falta acarreta anulabilidade. Surge, aqui, o problema da *capacidade de direito.* ãOnde está ela no suporte fático? A capacidade de direito (no direito processual.

capacidade de ser parte) é outro nome para a qualidade de pessoa (personalidade). Sem ela, a declaração-núcleo ou manifestação-núcleo de vontade não é elemento suficiente; o suporte fático é *insuficiente, e* não só *deficiente.* Não pode haver suporte fático suficiente para regras jurídicas — regras que são interpersonais —

se a declaração-núcleo ou a manifestação-núcleo não é vontade "de pessoa". Quando se fala de declaração ou de manifestação de vontade, necessariamente se entende feita por aqueles que têm capacidade de direito.

Em conseqüência, se não há capacidade de direito (= personalidade), não há suporte fático suficiente, não pode haver negócio jurídico. Há o nada. E o caso de animal *ou* do homem incapaz de ter certo direito ou pretensão.

(b) Em negócios jurídicos, pode dar-se *que* duas ou mais prestações sejam devidas, mas de tal maneira que o cumprimento de uma baste,

cabendo ao devedor ou ao credor *a escolha.* São as obrigações alternativas. A escolha é determinação da prestação; é direito formativo modificativo *(precisan te,* pela determinação), nascido da incidência das regras jurídicas sobre os suportes fáticos, em que a declaração ou manifestação de vontade é acompanhada de declaração de vontade ou de manifestação que dê a escolha ao credor, ou, se nada se disse, ou se disse de modo duvidoso, ao devedor (a regra, no direito brasileiro, é dispositiva, art. 884, *ou* interpretativa, *a fortiori;* no direito alemão, interpretativa). A vontade que aí se declara, ou manifesta, é elemento *complementar;* não nuclear. Também é complementar, e não contemporânea do núcleo, a declaração de vontade pela qual se escolhe (declaração unilateral de vontade, receptícia, irrevogável); sem se excluirem a declaração silente de vontade, ou a manifestação de vontade pelo adimplemento, ou pela aceitação da prestação.

(c)

Nas obrigações de prestar gênero, o núcleo é a declaração que deixou a incerteza, sendo complementar a vontade sobre quem há de determinar a coisa. Também aí, ou há declaração, ou cabe a regra jurídica dispositiva ou interpretativa (art. 875, atendida a 2ª alínea). Tanto aqui como a respeito das obrigações alternativas, há declaração ou manifestação de vontade, *posterior,* que complementa elementos, porém apenas com repercussão na eficácia. Não importa se essa eficácia é *ex nunc,* ou se tem de ser atendida desde a perfeição do negócio jurídico. Trata-se de negócios jurídicos que têm suporte fático, com núcleo, no tempo A, e declarações ou manifestações de vontade no tempo B. O negócio jurídico tem a sua existência e validade no tempo A; a declaração ou manifestação de vontade posterior só estabelece ou só completa a sua eficácia. Nos casos em que *o* assentimento é posterior (aprovação), ou só se deu posteriormente (ratificação), dá-se algo de parecido; apenas, em vez de se tratar de suporte fático que se haveria de integrar mais tarde, o negócio jurídico deveria ter no tempo A *o* elemento complementar que somente ocorre depois, se bem que ainda em tempo, por *subsistir* o negócio jurídico.

Algumas vezes, as declarações de vontade ou as manifestações de vontade *complementares* foram concebidas com certa independência, isto é, como suportes fáticos à parte; então, funcionam duplamente: são núcleo de *negócios jurídicos auxiliares* (Hilfgeschäfte) e são elementos complementares do negócio jurí-

dico auxiliado. Exemplo: o acordo posterior, autônomo, ou dentro de outro negócio jurídico, sobre a escolha, em caso de dúvida no negócio jurídico auxiliado, em se tratando de obrigação de gênero ou de obrigações alternativas. A esse respeito, não é de admitir-se a repulsa, *a priori,* de tais negócios jurídicos auxiliares, porque influem noutros e pois são dependentes; nem a possibilidade de poderem quaisquer declarações ou manifestações de vontade complementares eficaciais ser construídas como negócios jurídicos auxiliares (sem razão, ali, P. Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit,* 123; aqui, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 149). Se a declaração ou manifestação de vontade, elemento complementar, faz parte de outro negócio jurídico como núcleo de suporte fático, ou elemento do suporte fático de outro negócio jurídico, é questão de fato.

As *instruções* e *ordens,* inclusive *regulamentos,* que se expedem ou comunicam, de viva voz, sobre prestações (as que se dão ao locador de serviços, as do empregador ao empregado, as do mandante ao mandatário), não são declarações, ou manifestações de vontade, elementos complementares do suporte fático e pois, do negócio jurídico: são *exercício* do direito ou pretensão do credor da prestação; entram, como declarações ou manifestações de vontade, nesse *conteúdo* de exercício; nem seria possível pensar-se, *já então,* em negócios jurídicos à parte, ou em complemento de suporte fático. Já se passam na *atmosfera* ou *plano de eficácia* do negócio jurídico. Se, no compor-se o suporte fático do negócio jurídico, se incluíram instruções ou ordens, ou regulamentos, deturpou-se *o* conceito de instruções, de ordens ou de regulamentos, porque se lhes retirou o que é essencial à sua definição, — *o* serem *exercício* de direito ou pretensão, o serem regramento por parte de alguém para outro ou para outros. Trata-se, então, de suporte fático de negócio jurídico, porque assim o *quiseram* os contraentes, ou assim *o quis* quem deu ensejo ao negócio jurídico: são instruções, ordens (de serviço ou do dono do negócio), ou regulamentos internos só no nome.

Instruções, no verdadeiro sentido (e.g., art. 1.313), são declarações ou manifestações de vontade *dentro* de campo de exercício; não são negócio jurídico, nem elemento complementar de suporte fático de negócio jurídico. Por vezes, têm por fito, tão-somente, regrar, de maneira uniforme, a atividade dos que prestam serviços, ou regrá-la segundo plano geral, com divisão do trabalho. Nesse sentido, os regulamentos da administração pública, as instruções de serviços públicos e as ordens de serviços públicos têm a mesma natureza que os regulamentos internos, as instruções de serviços e as ordens de serviços dos empregadores.

Esses sobem de classe (= fazem-se suporte fático de negócio jurídico); como aqueles, ao se tornarem regras jurídicas. Não importa em transformação em regras jurídicas a generalização das ordens de serviço público; nem em integração no suporte fático do negócio jurídico a só generalização ou a só adoção permanente, ou a generalização e a adoção permanente. *Aliter,* a inserção daqueles na lei (cf. A. Hánel, *Das Gesetz Em formellen und materiellen Sinne,* 245), se *o* legislador os fez lei; ou a desses no suporte fático do negócio jurídico.

(d) O suporte fático do negócio jurídico pode conter declaração ou manifestação de vontade, ou declarações ou manifestações, ou uma e outra, ou umas e outras, *mais* ato real (ato-fato). São os negócios jurídicos ditos, por isso, reais (L. Enneccerus, *Rechtsgeschàft, Bedingungen und Anfangstermin,* 489 s.).

Aqui, convém afastar duas concepções erradas do *que* em verdade se passa: *a)* o elemento real não precisa ser, em si, negócio jurídico, *e, de* ordinário, somente ato real (ato-fato), agregado aos outros elementos do suporte fático, às vezes núcleo, outras vezes não (sem razão, pois, quem quer que veja em tais negócios jurídicos reais, necessariamente, suporte fático composto de elementos volitivos declarativos ou adeclarativos e negócios jurídicos reais); *b)* não se pode dizer, tampouco, como L. Enneccerus *(Rechtsgeschàft, Bedingungen und Anfangstermin,* 509; *Lehrbuch,* 1, 354, nota 16), que se trate de *efeito prévio (k/orwirkung),* porque seria negar-se, logicamente, a existência mesma de negócios jurídicos reais para só se admitir a realidade da eficácia, aí, por acomodação para a teoria, reduzida a eficácia prévia. Que se fale de efeitos prévios ou pré-efeitos, no sentido de efeitos do negócio jurídico antes da eficácia completa quando se complementar o suporte tático (H. Fítting, *liber den Begriff der Rúckziehung,* 69; F. Regelsberger, *Pandekten.* 438), entende-se: são prévios antes da eficácia que quase diríamos final do negócio jurídico *(e.g.,* os efeitos pendente a condição ou termo suspensivo). Que se fale de efeitos prévios ou pré-efeitos, em caso de oferta vinculativa (irrevogabilidade), tambêm se entende, se bem que seja de evitar-se. Mas falar-se de pré-efeito, efeitos prévios, ou pré-eficácia, quando se trata de negócios jurídicos reais, de modo nenhum. O

argumento de que o mútuo e a doação, contratos reais, são válidos, ainda se o mutuário, ou donatário, adquiriu a coisa por usucapião, ou comistão, e não pela tradição, prova que o enunciado *a)* éverdadeiro, *e* não que o enunciado contrário a *b) o* seja. O elemento real é componente do suporte fático do negócio jurídico real, talvez núcleo

ou parte do núcleo do negócio jurídico, ou da realidade do negócio jurídico (ali, na falta, não existe negócio jurídico; aqui, na falta, existe negócio jurídico, porém não negócio jurídico real).

O elemento real pode ser *simultâneo* às declarações ou manifestações de vontade, ou *anterior* (considero transmitido em dação em soluto a B o anel que lhe emprestara, ou como empréstimo o dinheiro que iria pagar-me). Quanto a poder ser *posterior, o* exemplo *que* deu L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 355) é falso: se concluo contrato de mútuo, ou de doação, segundo o qual a prestação, *que o* mutuário ou donatário me há de pagar, deva ser tida como emprestada, *ou* doada, já o elemento real está no suporte fático, ou se trata de simples pré-contrato *(pactum de mutuo dando* ou *de donando).* Fora daí, surgiria a questão do mútuo de *prestação futura ou de* doação de *bem futuro.* O mútuo ou doação *de valor* marcado, ou a apurar-se, dando-se coisas que o mutuário ou donatário aliene para obter o que foi mutuado ou doado, não é argumento, quanto a ser possível o elemento real posterior: aí já o elemento real ocorreu. Dizia L. Enneccerus que se pode exercer a ação real para se cobrar o mútuo ou a doação; mas, aí, suposto está que tenha havido o contrato real, e cai-se em petição de princípio. A alusão a efeito prévio, em vez de elemento real do suporte fático, mal disfarça que o jurista alemão não teve a audácia de afirmar a consensualidade do contrato do mútuo e da doação. Se a tradição não se lhe seguiu, a doação verbal é *inexistente* (art. 1.168, parágrafo úni-co, que aliás emprega expressão imprópria, *verbis* "será válida... se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinente a tradição", porque a tradição imediata (= simultânea ou quase simultânea) é elemento real do núcleo. A promessa de doar obriga; a doação verbal, sem a tradição, não obriga. Quanto ás doações de bens imóveis, *o* contrato de doação, contrato real, contém a transmissão, que é elemento do núcleo; se não o contêm, é promessa de doação. Quanto ao mútuo, é contrato real, e não se pode demandar o mutuante *que não* completou *o* núcleo do suporte tático; posto que *o* que *prometeu* mútuo possa ser condenado às perdas e danos (Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* II, 227). Uma coisa é o contrato de mútuo que não se perfez. e outra, o *pactum de mutuo dando.* O Código Civil brasileiro não tem o principio de que "Todos os contratos se hão de ter por contratos consensuais" *(aliter.* o direito suíço, salvo a propósito de transportes em vias férreas). Durante algum tempo, existiu no direito português e luso-brasileiro (cf. MeIo Freire, *Institutiones,* IV, 16, por influência, provável, de 5. Stryk) o principio da separabilidade do consensual *(ex solo consensu obliga tio oriatur),* ruas, em verdade, esse não foi o principio do direito comum, nem *o* do direito romano. Noutros termos: para o direito contemporâneo, como

para o comum *e* o romano, o elemento real dos contratos *e* outros negócios reais é parte do núcleo do suporte fático ou elemento complementar, — não simples *efeito que* deveria ter sido prévio (= pelo menos efeito simultâneo).

O núcleo do suporte fático da doação é composto pela convenção sobre a gratuidade *e* pela transmissão. O núcleo do suporte fátíco do mútuo é composto pela convenção sobre o reembolso e pela transmissão. Muito diferente é o ser a transmissão simples efeito. Assim, se houve mandato, pode bem ser que se dê, mais tarde, ato *real* (ato-fato), que determina a pretensão de reembolso do mandatário. Está-se na atmosfera ou plano de eficácia da relação jurídica de mandato. O contrato de locação é consensual: *O* locatário pode pedir que se lhe entregue a coisa locada, *ou que* se lhe prestem perdas *e* danos; se a coisa foi entregue (ato real), o locatário não tem de devolvê-la (art. 486). e os aluguéis são por esse uso que se deu ao locatário. Discute-se se o mútuo está nas condições da doação (contrato real), *ou* nas condições da locação (contrato consensual). No direito romano *e* no comum, era contrato real; no direito contemporâneo (salvo o caso especial do direito suíço), discute-se se o mútuo é contrato real ou se é contrato consensual.

Ali, o entregar a coisa seria elemento do suporte fático, aqui, só eficácia do negócio jurídico. Haveria, aqui, um só contrato, ou dois negócios jurídicos *(o do* contrato de promessa de mútuo *e* o contrato real). Não se pode ten a respeito de ponto tão importante, atitude dúbia: E real, *ou* não é real *o* contrato?

Não se confunda o problema com *o* da existência, ou não, dos *pacto de mutuo dando,* que são pré-contratos.

O contrato de mútuo e. assim no direito brasileiro como em outros sistemas jurídicos, contrato real; as obrigações, que se regulam na lei, são obrigações do mutuário, e não cabe invocarem-se outras regras jurídicas dos contratos bilaterais. *Se* o contrato de mútuo só o éna redação de algumas frases, por se tratar, em verdade, de *pactum de mutuo dando,* é como tal que se há de considerar: se isso não ocorre, não há ação do mutuário para pedir a coisa, pois *o* contrato, que seria real, não se perfez. O mesmo raciocínio há de ser feito a propósito do depósito e do comodato. Tentaram alguns juristas a construção do mútuo como contrato consensual; porém a tradicão romana do contrato real resistiu. E velha a tentativa de assimilá-lo à locação (G. Demelius, i. Unger. H. Dankwardt, J. Kohler) e ainda, em tempos recentes, se pretendeu conceber o contrato de mútuo como

consensual, contra a letra das legislações (,.J. Kohler, Das Vereinbarungsdarlehn.

Archiv fúr Búrgerliches Recht, 33, 1 5.; H. Hoenigen Zur „Vereinbarungsdarlehn, *Archiu,* 33, 278 5.; O.

Boehmer, Realvertrâge im heutígen Rechte, *Archiu,* 38.

314 s.; E. Lúbbert. Der Kredítvertrag, *Jherings*

Jahrbúcher, 52, 377 s.; A. von Tuhr. *Der Allgemeine Teil,* II. 150). Nem se há de pensar em dois contratos sucessivos, um consensual e outro real, de modo que, falhando esse, aquele estivesse concluído e perfeito.

Os sistemas jurídicos somente conhecem um contrato de mútuo, que é o real (= o elemento real é elemento do núcleo do suporte fático), ou o consensual (= *o* elemento real é eficácia pessoal, portanto provável; direito suíço). O dever de devolução, nos sistemas juridicos que têm o contrato de mútuo como contrato real, nasce do contrato mesmo, ao perfazer-se *ele;* para *que* não exista *o* dever, é preciso que o mutuário alegue não se ter perfeito o contrato, ou ter sido entregue antes do prazo ao mutuante, ou por ele tomada a coisa emprestada.

(e) Nos negócios jurídicos a causa de morte, somente ao ocorrer a morte começa a *eficácia* do negócio jurídico. Há lapso entre a declaração ou manifestação (rarissíma!) de vontade *e* o inicio da eficácia, com o *fato* da morte. Aqui, não está em exame ato humano, que se tenha de agregar ao suporte fático do negócio jurídico; nem *o* fato é de tratar-se como nuclear, de jeito que, faltando, o negócio jurídico não existisse, ou como elemento complementar do suporte fático indispensável a sua *validade.* Os negócios jurídicos perfazem-se antes dele; o elemento fático apenas serve para que o negócio jurídico comece de irradiar a sua eficácia. O testamento e as doações *mortis causa* são negócios jurídicos existentes e válidos, antes da morte.

A morte é espécie típica de elemento fático *eficacial,* como o advento do último dia do prazo ou o advento do termo. Nos casos de fixação legal, o dia é suporte fático da regra jurídica; nos casos de fixação pelos declarantes, o dia é elemento fático da declaração de vontade e sobre essa, elemento do suporte fático, é que incide a regra jurídica.

(1)A diferença entre *prazo e termo* é da maior importância na terminologia e na técnica jurídicas. O

prazo é *o* trato de tempo, *o* pedaço temporal (de *a* a *b* ou de *a* a *c);* o termo é o momento, o ponto de tempo *(a,* ou b, ou *c).* Há prazo de prescrição, e não termo de prescrição. Há termo de morte, e não prazo de morte, posto que se possa conceber prazo até a morte de A. O prazo é para que algo se dê, ou não se dê, dentro dele, que é lineal no tempo; o termo é momento, que inicia, modifica ou extingue algum estado ou fato.

(g)As exigências de *forma especial* merecem toda a atenção. A forma, como os outros elementos fáticos, pode ser elemento do núcleo do suporte fático, *e* então é pressuposto de *existência* do negócio jurídico: sem ela, não existe o negócio jurídico. Ou ser elemento complementar, de cuja falta resulte *nulidade (=* ser da *substância* do negócio jurídico), ou resulte anulabilidade. Ou ser elemento complementar para a eficácia. Ou ser elemento complementar, tão-só. O casamento que não foi celebrado não existe (nosso *Tratado de Direito de Família,* 1, 3ª ed., 294 5.; antes *Direito de Família,* 41 s.). Diante da regra jurídica que exige a *forma especial.* tem-se de indagar se é elemento do núcleo do suporte fático, ou se é elemento complementar necessário, indeslocável no tempo (= invalidade irratificável), ou deslocável (= invalidade ratificável), ou se é apenas recomendável, ou se é para algum efeito. O art. 145,111, do Código Civil considera causa de nulidade, precisamente. (portanto irratificável), a infração de regra legal sobre forma *(verb* is: "É nulo o ato jurídico: III. Quando não revestir a forma prescrita em lei") e remete aos arts. 82 e 130. Aquele diz que a *validade* do ato juridíco requer agente capaz, objeto licito *e* forma prescrita ou não defesa em lei; esse, que não vale o ato se deixa de revestir a forma especial, determinada em lei, salvo quando se comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida. Os três textos são acordes em não considerarem elemento do núcleo do suporte fático o elemento da forma especial exigida pela regra jurídica.

E elemento complementar que deve ocorrer simultaneamente (pressuposto necessário objetivo, indeslocável no tempo). De modo que as referências dos arts. 133 *e* 134 à‟ substância" do ato são pertinentes a pressupostos, e não a núcleo do suporte fático (= falta de substância não é falta de existência, é falta de validade). Muito diferente é o que se passa com o casamento: a celebração éelemento do núcleo do suporte fático; e não elemento complementar, ainda que indeslocável. Sem ela, *o* casamento não existe. As formalidades registrárias no registro de imóveis ou de títulos e documentos são elementos fáticos de eficácia em relação a terceiros, porém elementos nucleares (estatais) do suporte fático da transmissão entre vivos da

propriedade imóvel e da constituição de direitos reais. Note-se bem: da transmissão (eficácia do negócio jurídico do acordo ou convenção de transmissão, devida ao registro). Portanto, se houve escritura de venda e compra, em que se inseriu o *plus* da convenção de transferência, a falta do registro no registro de imóveis não afeta a venda e compra, mas é preciso que ocorra para se integrar a eficácia do negócio jurídico do acordo. As *inscrições* e *transcriçôes,* que a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, considera no art. 168

englobadas na designação genérica de *registro,* quando são elementos para a eficácia, são elementos deslocáveis; isto é, não há, de ordinário, prazo para que se proceda ao registro. A autorização do juiz", a que se refere *o* art. 428, quanto a atos do tutor, não é elemento do núcleo do suporte fático; diz respeito apenas à validade: é, portanto, elemento complementar. Dá-se o mesmo quanto a atos do titular do pátrio poder (art.

386), ou do curador (art. 453), ou da mulher (arts. 245, 251, parágrafo único, IV), ou do marido (art. 237). A escritura pública, que o art. 375 exige à adoção de quem não seja nem criança nem adolescente, é elemento complementar necessário, de modo *que,* sem ela, *o* negocio jurídico *e* nulo, conforme o princípio geral revelado pelos arts. 82, 130 e 145, III, se bem que, *de iure condendo,* melhor fosse ter-se concebido como elemento do núcleo do suporte fático. Em todos esses casos, a formalidade estatal não faz existente, nem válido, o negócio jurídico que não existia, ou não valia; mas, por se tratar de ato de terceiro, funcionário estatal, ou de pessoa com função estatal, tem-se de ir contra esse ato ou diretamente ou indiretamente, obtendo-se sentença *que,* declarativa, ou constitutiva negativa, ou mandamental, ou executiva, tenha carga de constitutividade negativa, ou mandamental, suficiente para se excluir o ato do funcionário estatal ou da pessoa *com* função estatal. O ato estatal pode "apagar" vícios *e* (até) dar existência, se se trata, nesses pontos, *de aplicação de* regras jurídicas, para a qual seja competente o agente integrador, e essas regras jurídicas são sobre existência *e* validade; porém, ainda aí, não há, propriamente, apagamento, *e* sim a antinomia, que é bem conhecida dos juristas, entre incidência, que é infalível, *e* aplicação, que é falível. No mais, o elemento estatal ou paraestatal indispensável ao negócio jurídico, ou à sua validade, ou á sua eficácia, apenas, *sendo, valendo* e *sendo eficaz* por si, exige que se discuta, *antes* e *fora dele,* o resto do suporte tático a que *ele se* une; salvo se a sua existência válida *e* eficaz torna abstrato *o* que o ato juridico suscitou.

A respeito dos negócios jurídicos em *cujo* suporte fático, além da

declaração de vontade, ou da manifestação de vontade, entra ato do Estado, ou paraestatal, cumpre advertir em que essa colaboração do Estado não desloca para o direito público o negócio jurídico. O *que* importa é a declaração ou manifestação de vontade elemento nuclear, sobre a qual incide a regra jurídica: se essa regra é de direito privado, negócio jurídico privado é que resulta da sua incidência. O ato do funcionário estatal é de direito público, como ato de exercicio da sua competência; não como elemento do suporte fático do negócio jurídico privado. São regras de direito público as regras jurídicas sobre a existência, validade, eficácia e cancelamento do registro (e.g.. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. arts. 164-166, 248-259. 288-291, 293-296). Assim, se o ato estatal foi sentença, ao direito pré-processual *e* processual é que se há de perguntar *se* e como se pode vir a declarar-lhe a inexistência, ou decretar-lhe a nulidade, ou rescindi-Ia. *Se* a eficácia do ato estatal é *ex nunc.* ou *ex tunc.* é *o* direito, que rege o negócio jurídico de cujo suporte tático o ato estatal é um dos elementos, *que há de* responder; inclusive se há eficácia, pendente recurso administrativo ou judicial. A declaração de inexistência, a decretação de nulidade, ou a declaração de ineficácia, *por sentença,* quanto ao negócio jurídico, torna, *em princípio,* cancelável o ato estatal. A abstração, se é o caso, cria *exceções* ao principio.

6.

Elementos complementares concernentes à sorte futuro do negócio jurídico. Dos elementos complementares do negócio jurídico alguns concernem à sua *validade ou rescindibilidade, ou resolutividade,* ou *resilibilidade,* ou *denunciabilidade (=* se faltam, ou é nulo, ou anulável, ou rescindível, ou resolúvel, ou resilível. ou denunciável o negócio jurídico). Dizem respeito, portanto, à sua sorte futura. No presente, eles *são.* (Não se fala, aqui, de revogabilidade, porque o ser revogável só se refere à manifestação de vontade, à *voz,* que se retire, *e* pois ao suporte fático, que édesfalcável; o negócio jurídico somente cai em conseqüência disso). Outros só à sua *eficácia;* portanto, a falta de qualquer deles nem atinge a existência, nem a validade. Então, cada espécie de elemento complementar eficacial tem a sua parte na eficácia do negócio jurídico: agrega-se ao suporte fático; enche, com ele, *o* negócio jurídico; e determina a irradiação do efeito ou o efeito instantâneo. Não é elemento complementar eficacial o assentimento ao que manifestou o relativamente incapaz, ou o que dele precisava, porque concerne á validade: *o* seu efeito (não confundir com o efeito do negócio jurídico) é determiná-la, complementando o núcleo do suporte tático; nem o é a ratificação, porque o seu efeito é completa~

tarda porém não extemporaneamente, o suporte fático do negócio juridico. À diferença da *aprovação,* que é o assentimento em tempo devido, a ratificação, se não é parte do núcleo, é elemento complementar, *fora* do seu momento mais próprio.

7. *Sucessividade necessária e sucessividade facultativa dos elementos componentes do suporte fático.* Até aqui apenas temos aludido, de leve, à não-simultaneidade dos elementos componentes dos suportes fáticos.

O assunto merece trato mais concentrado e mais extenso. Os elementos componentes do suporte tático ou *têm* de ocorrer, todos, no mesmo momento; ou é *possível,* juridicamente, que se dêem em momentos diversos, com ou sem fixação, e então são deslocáveis, ou sem repercussão na validade do negócio, ou com repercussão; ou *têm de* ser em momentos diversos. Diz-se que há sucessividade necessária quando é inelidível para a existência ou para a validade; diz-se que há sucessividade facultativa quando é indiferente que haja simultaneidade ou sucessividade. Aflorou o assunto R. von ihering (Geist des *rdmischen Rechts,* 3ª

ed., 111, 157); continuou-o L. Enneccerus *(Rechtsgeschàft, Bedingung und Anfangstermin,* 219 s. e 240 s.).

O princípio da simultaneidade exige que os elementos do suporte fático sejam no mesmo momento, ou pelo menos alguns (combinação com o princípio da sucessividade livre ou não). O *princípio da sucessividade* exige certa ordem, ou a simples sucessão. As doações dos arts. 312-314 têm de ser antes do casamento, mas o casamento não é o elemento do suporte fático: se o casamento não se realiza, a doação *caduca;* a doação perfez-se; a restituição é pedida, alegado o fato extintivo (não-casamento). A *priori,* seria mais cômodo, e mais natural, conceber-se o casamento como *condicio iuris,* portanto como elemento complementar, ou mesmo nuclear do negócio jurídico. A concepção das doações *propter (ante) nuptias* é, porém, histórica. A *sponsalicia largitas seu dona tio* era doação perfeita antes do casamento. Foi Constantino (L.10 e 11, *C., de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis,* 5, 3) quem as tornou atingíveis se não ocorreu o casamento. Atingíveis, dissemos; e não atingidas. Charles Maynz *(Cours de Droit Romain,* III, 56) falava de revogabilidade, com o que se contradisse, pois antes (16) as considerara sob condição. Não se pode raciocinar certo, sem se jogar com conceitos exatos e precisos. A questão há de ser posta em termos rigorosos; sem tal cuidado, cai-se em ambigoidades ou em equívocos. A doação é contrato real, ainda quando se trate de doações antenupciais. Se não houve transferência,

só se poderia pensar em pacto *de don ando, e* não em contrato de doação. Tendo-se perfeito o contrato real, a transmissão deu-se. Para se ir buscar *o* bem, épreciso que haja *fato* que seja suficiente para extinguir a relação jurídica entre o donatário e *o* sujeito passivo total ou não-total (doação de dívidas ativas). A natureza desse fato havia de intrigar os juristas. Porém houve a assimilação das doações antenupciais ao dote, e também aí as fontes romanas ora fazem pensar-se em pressuposição, ora em condição (cf. B. Windscheid, *Die Lebre des romischen Rechts von der \/oraussetzung,* 146 S.; A. Erxleben, *Die condictiones sitie causa,* II, 92 s.). O próprio Código Civil alemão não ousou decidir-se por uma ou outra figura e falou apenas do direito *e* pretensão à restituição (§

1.301). A eficácia da doação ocorreu, porque o contrato é real; com o rompimento inicia-se a ineficácia do contrato de doação, e cabe a *condictio causa data causa non secuta.* O enriquecimento faz-se, desde aí, injustificado. A não-realização do casamento é causa de caducidade da doação, por falta do resultado proposto, que ai não é ato do donatário sozinho *(condictio ob causam datorum).* O fim resulta do conteúdo mesmo do negócio jurídico; e falhou. Não se deve pensar em condição, nem em pressuposição; mesmo porque a pressuposição não daria ensejo à *condictio.*

8. *Principio da vinculação pela manifestação de vontade.* Quando o suporte fático é componível em sucessão, tem-se de indagar se o negócio se perfez *antes* dos elementos que faltam. O prin *cípio da vinculação pela manifestação de vontade* impõe a perfeição antes de se inserir no suporte fático o elemento, se após ela é que os outros elementos têm de ocorrer. A irrevogabilidade, nos casos de oferta de contrato (arts. 1.080 e 1.081), não éexceção ao princípio, porque resulta dos termos da oferta, ou da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso (art. 1.080), ou da lei (art. 1.081). Tampouco é exceção ao princípio o não ter de entregar o que fez acordo de transmissão do bem móvel (art. 620; sem razão, A. von Tuh~ *Der Alígemeine Teil,* II, 152); porque o acordo, sozinho, é negócio jurídico, *e* a lei concebeu *o* acordo para se transmitir bem móvel como obrigacional, sem criação de direito formativo, como seria o caso do acordo de transferência de imóvel. Nem, no direito brasileiro, o exigir-se a prova da extinção para *o* cancelamento da hipoteca (art. 851, parte) e casos semelhantes.

A morte do *que* compôs o suporte f ático do negócio jurídico não o

destrói (= não exclui a incidência do princípio) se o que foi composto, só por si. perfez negócio jurídico, ainda que parte de outro (e.g., contrato). Não seria exato dizer-se que, quando o suporte f ático é sucessivo, a morte de uma das pessoas figurantes não impede a perfeição do negócio jurídico (sem razão, A. von Tuhr. *Der Allgemeine Teu.* II, 153). Tal enunciado trai o resíduo romanístico da oferta não-vinculante, resíduo que não permite ver no contrato dois negócios jurídicos que se acordam para formar outro. Mudou-se de concepção da oferta e da aceitação, sem se mudar a concepção da estrutura do negócio jurídico bilateral; e o pensamento dos juristas se ressente disso. O conceito mesmo de negócio juridico unilateral é recente *e* a nova dogmática da oferta, com o problema da vinculação do oferente, começou, rigorosa-mente, em torno da oferta entre ausentes.

Melhor é dizer-se que o contrato é a concordância de duas declarações de vontade, que produziram, por si sós, *negócios jurídicos interintegrativos.* Se a oferta não fosse negócio jurídico, haveria dificuldade em conceituarse negócio jurídico. A promessa de recompensa é negócio jurídico unilateral independente; a oferta, negócio jurídico dependente ou integrativo. *Se* há suporte fático em que entra declaração de vontade, ou manifestação de vontade, suficiente para se excluir a livre revogação, há negócio jurídico. As declarações de vontade, em si, são revogáveis; só a regra jurídica, incidindo sobre elas, as pode tornar irrevogáveis. Para os textos e os juristas romanos, a oferta não era negócio jurídico; exatamente nisso consistiu a transformacão do direito dos contratos. A declaração de vontade, a *vox,* pode chegar ao destinatário depois da morte do declarante.

A transmissão da propriedade imóvel *e* a constituição de direitos reais só se operam pelo registro (antes da Lei nº 6.015. de 31 de dezembro de 1973. art. 168, (transcrição, inscrição). Tal ato estatal é posterior á perfeição do contrato consensual e integrativo da eficácia do acordo, que não é contrato júri-real dependente do ato de registro, conforme demonstraremos ao tratarmos da classificação dos negócios juridicos. O acordo ("transmito a A... *e* A aceita") é negócio juridico; não é contrato real. Aqui, nem se deve considerar o acordo mais *o* registro contrato real (certo, E. Brodmann, em G. Plancl, *Kommentar,* III, 1ª ed., 363, para quem a transmissão é efeito), nem se lhe há negar o ser negócio juridico *per se,* posto *que* lhe falte, para o efeito real, *o* registro. Se a transmissão da propriedade nunca se fizesse, não se teria perfeito *o* contrato júri-real; o negócio jurídico de transmissão lá estaria, como lá estaria a oferta de contrato, se morresse, antes da aceitação, o declarante. O que falta é só o efeito. Passa-se o mesmo

com o negócio jurídico da fundação por escritura pública, ainda quando em disposição de última vontade: a aprovação dos estatutos pela autoridade pública é indispensável à personalidade (Decreto-Lei n0 9.085. de 25 de março de 1946, art. 1º, 1. *in fine;* Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de *1973.* arts. 114, 1, e 119). O negócio jurídico está perfeito *e* à transmissão falta eficácia, porque não se personalizou, ou ainda não se personalizou a fundação.

Personalizando-se, a eficácia é *ex tunc,* porque a aprovação é elemento do suporte fático dos estatutos, como elemento de suporte fático para a eficácia é o registro da transmissão do imóvel ou da constituição do direito real. Esses elementos podem ocorrer após a morte porque não dependem da *vontade atual* do declarante, que pode, até, ter mudado de vontade. A construção, que considera o registro dentro de contrato júri-real, é errônea; errônea também a que não vê no acordo de transmissão negócio jurídico. Contrato júri-real *(dinglicher k/ertraq)* é conceito artificial, *auxiliar,* conforme demonstraremos. Certamente, a transferência 50 se perfaz com a formalidade registrária *e* a fundação somente adquire personalidade quando se lhe registram os estatutos aprovados; porém é só no plano da eficácia que tudo isso acontece: não se pode pensar em se excluir o acordo antes da realidade, isto é, a despeito de se ainda não ter operado a transferência do direito de propriedade ou da posse. A eficácia, e só ela, está em exame quando se registra, por exemplo, documento de aquisição de bem móvel, se a tradição já foi feita. Mas, se a tradicão não foi feita e o transmitente morre, o ato do herdeiro, com a entrega do bem móvel, é ato integrativo do acordo de transmissão, não *dentro* do contrato, mas sim *fora dele.*

9. *Complementaçâo por ato estatal ou paraestatal.* (a) Algumas vezes, para a produção do ato, que há de complementar o núcleo do suporte fatíco, são exigidos atos que provoquem a atividade estatal ou paraestatal.

São, de ordinário, *requerimentos,* que se dirigem, verbalmente ou por escrito, ou por preenchimento e assinatura de papeleta impressa, a autoridades públicas, inclusive tabeliães e escrivães, ou *petiçóes* ou *requerimentos* a autoridades judiciárias, para que se proceda a alguma formalidade registrária, ou autorização, ou homologação de negócio jurídico. Em si, esses atos, que se pedem, não são de direito privado, são de direito público; mas fazem parte de suporte fático sucessivo. Os atos de requerimento ou petição são exercício de pretensão à tutela jurídica, quase sempre pretensão a constituição. e são estranhos ao negócio jurídico a que servem; são atos *fora* do negócio juridico, de

cujo suporte 1 ático, no entanto, é elemento o ato estatal, ou paraestatal, que se deseja. Dizer-se, *a priori,* que não são negócios jurídicos, porque não têm por fito, diretamente, efeito de direito privado (sem razão, A. von Tuh~ *Der Alígemeine Teil,* II, 154) seria errado: primeiro, porque se preelimina o poder ser negócio jurídico, *por si. de* direito público; segundo, o efeito de direito privado não é o que o ato de requerimento ou petição espera, esse efeito é mediato e, não raro, a formalidade regístrária tem efeitos com que não contava, ou, pelo menos, em que não pensavam os requerentes ou peticionários. O Estado serve aos particulares na política legislativa e na prática dos registros e outros atos integrativos do suporte fático ou só de eficácia; não intervém de ofício, *e* sim apenas por provocação; algumas vezes, estabelece normas de obrigatoriedade dos registros, com sanções, inclusive penais; para que os interessados exerçam a pretensão frente ao Estado, as leis e os regulamentos administrativos fixam os pressupostos subjetivos e objetivos; na maioria dos casos, a lei permite o requerimento verbal, abstraindo da existência dele no caso de ter sido levada a cabo a formalidade registrária. *se poderia ter sido feito* e *deferido; se* a lei exige o requerimento, formal ou aformal, e esse não foi feito, *ou* teve vícios, o ato estatal existe, e só a lei pode dizer se é desconstituível e como se pode *ele* desconstituir.

(b)O ato estatal pode ser *sentença.* Há, então, a relação jurídica processual entre o que o pediu *e o* Estado; a sentença é a prestação jurisdicional. Não é parte do negócio jurídico a petição, nem se pode ver no exercício da pretensão à tutela jurídica, ainda ai, mais do que *exercício* de direito. A função da sentença pode ser constitutiva integrativa de forma, ou constitutiva de toda a forma; ou ser a função de elemento volitivo do suporte fático do negócio jurídico, ou a de elemento integrativo de volição; ou ser a função de aplicação das regras jurídicas, contemporânea ou posterior à constituição do negócio jurídico. Não é possível tratar a todas as espécies como se fossem regidas pelos mesmos princípios. O que importa saber-se é se a sentença se encaixa ou cola ao suporte fático, para a *existência,* ou para a *validade,* ou para a *eficácia* do negócio jurídico. Cumpre, porém, observar-se que o requerimento ou pedido de ato estatal não é exercício de direito privado ou pretensão de direito privado à constituição (direito e pretensão formativos geradores), como pareceu a A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* II, 156, nota 78), nem cabe dizer-se que os direitos formativos geradores só se podem exercer por meio de negócio jurídico, como, *a priori,* lançou E. Seckel (Die Gestal-tungsrechte, *Fest gabe,* 241). Quanto à primeira opinião, peca em confundir a pretensão à tutela juridica, que é pré-processual, porém não nascida no direito material que rege o negócio jurídico *que se* quer

perfazer, e a função integrativa, que se passa no direito material; quanto à segunda, se bem que o negócio jurídico seja *o* meio ordinário para se exercer direito formativo gerador, há os meios menos freqúentes, como o ato de caçar (quando se outorgou direito de caça) e, até, sem intervenção da vontade, como se o que achou coisa perdida a entrega á autoridade pública e o proprietário, aparecendo, declara que derrelinqúira antes a propriedade, pois, nessa espécie, a coisa tem de ser restituida ao achador *e* não ser posta em hasta pública (arts. 604 e 606).

(c)As ações de constituição negativa são exercício de direitos formativos extintivos, ou de pretensões formativas extintivas. como *se* dá com a separação judicial, ou com o divórcio litigioso, nos Estados que o têm. A separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, ou *o* divórcio consensual, onde o há, é negócio jurídico extintivo, ali, da sociedade conjugal, aqui, do vinculo conjugal, cujo suporte fático tem como elementos nucleares as declarações dos cónjuges *e* a sentença trânsita em julgado. Não há separação judicial sem que os dois elementos ocorram, embora necessariamente um após outro (suporte fático sucessivo). Nas ações de separação judicial, ou de divórcio, onde o há, não há negócio jurídico; a sentença é constitutiva negativa, com forte carga de condenação, *e* o autor e *o* reconvinte exercem, na *res in udicium deducta,* direito formativo extintivo, pelo único meio que a lei lhe permite, que é a demanda judicial.

A concepção da atacabilidade dos negócios jurídicos e outros fatos jurídicos é de dois tipos diferentes, conforme o sistema jurídico adota o direito de *impugnaçâo* ou a ação de impugnação ou de anulabilidade (judicial). No direito alemão, por exemplo, há, por vezes, o direito de impugnação, que pode ser *res in ludicium deducta* de ação declarativa, depois de exercido: o impugnante exerce o seu direito de impugnação, *que* é direito formativo extintivo; a sentença, que sobrevém. apenas diz que *houve* a impugnação. No direito brasileiro, as ações de impugnação são ações constitutivas negativas; e, de regra, não há o direito formativo extintivo, mas só a ação de impugnação. Portanto, se não houve negócio jurídico extintivo, pelo acordo entre os interessados, o caminho único é o pleito.

10. *Negócios jurídicos pendente a lide.* Há negócios jurídicos que se perfazem durante relação jurídica processual. Discutiu-se se, por serem em *forma* que as regras processuais regulam, *a)* teriam de seguir

a sorte dos atos processuais, ou *b) se* conservariam o seu caráter de negócios jurídicos de direito material.

Segundo a primeira opinião, a tais negócios juridicos seriam revogáveis as manifestações de vontade, de regra declarações de vontade, contidas no suporte fático e. no caso de núo terminar com sentença sobre eles o processo, não teriam qualquer significação Ci. Kohler. Kompensation und Prozess, *Zeitschrift fúr deutschen Zivilprozess,* 22, 15 5.; Die Aufrechnung nach dem 8GB, *Zeitschrift.* 24. 17 s.; Prozesshandlung mit Zivilrechtswirlung. *Zeitschrift.* 29, 1 5.; A. Wach. Prozessvollmacht und Einrede der Aufrechnung, *Zeitschrift,* 27, 1 5.: P. Langheineken, *Anspruch und Em-rede,* 128), por serem negócios jurídicos que se fizeram processuais, na forma e nos pressupostos. A isso contrapôs-se a segunda opinião, que sustentou não perderem tais negócios jurídicos, por ocorrerem no processo, a sua natureza de negócios jurídicos reguIados alhures *(e.g.,* no direito civil), — devendo, em seus pressupostos *e* eficácia, ser incólumes ao direito processual (G. Planck, *Rommentar,* 1, *44* ed., 225; A. von Tuh~ *Der Alígemeine Teil,* 11, 158), — terem eficácia imediata, serem irrevogáveis *e* independentes do êxito do processo as declarações de vontade negociais ou em exercício de direito. Tentou síntese 1 Hellwig *(Prozesshandlung und Rechtsgeschàft,* 24 s..

destoando de *Lehrbuch.* 1, 241 s.. *e* II, 386 s.). Nos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939 (1, 88) escrevemos: Alguns negócios jurídicos privados são conteúdo de *ato processual* (a transação judicial, a compensação etc.). Vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. Vistos pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito enlaçam o mesmo ato, submetendo-o aos seus preceitos. Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como ato processual, salvo regra do direito material." Nos atos jurídicos heterotópícos, o plano de direito em que só deveriam estar é *o* plano que prima; aquele em que se permitem decide em segundo lugar. A análise das espécies mais correntes, sobre ser de interesse teórico, é útil.

Na *petição inicial* pode achar-se *denúncia, interpelação, reconhecimento, impugnação, renúncia, protesto, exercício de direito de escolha,* ou *exercício de direito de opção* (senso estrito), *derrelicção* ou *abandono,* ou *declaração de vontade* sobre algum direito, para cuja disposição a lei exija declaração de vontade. Esses atos podem ocorrer, também, após a petição, salvo se há regra jurídica que só admita algum deles *na petição.* A *cita ção* do devedor, ainda que ordenada por juiz

incompetente, é ato interruptivo da prescrição e dos prazos preclusivos, desde a data da propositura da ação, se feita nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, prorrogáveis até o máximo de noventa dias, conforme o Código Civil, art. 172, 1, *o* Código de Processo Civil, art. 219, §§ 19ª3o, *e* as Leis nº 5.925, de 1ª de outubro de 1973, e 8.952, de 13

de dezembro de 1994. O *protesto,* feito na petição inicial

ou depois, tem os seus efeitos específicos *mais* o de interromper a prescrição, ainda se incompetente o juiz (art 172. 11). A *apresentação do título de crédito* em juízo de inventário (não só hereditário!) ou em concurso de credores também interrompe a prescrição (art. 172,111). Trata-se, aí, de títulos de apresentação *(Prãsentationspapiere),* títulos que entram na classe dos *títulos* de *resgate (Einlósungspapiere)* e na classe das obrigações de ir receber *(Holschuld),* e também de títulos que não são de apresentação, porém entram na classe dos títulos de resgate, entrem ou não na classe dos títulos com o ter-se de ir receber. Os títulos de crédito que não entram na classe dos titulos de resgate, esses não são títulos de apresentação, e estariam excluídos do art. 172, III, devido áexpressão "apresentação". Em verdade, no art. 172, III, apresentação é equivalente a "produção" *(Anrneldunq,* cf. Código Civil alemão, § 209, alínea 2t 2; *e* suíço, art. 135, 2ª, texto francês, *intervention)* e não a apresentação *sensu stricto.* Todas essas espécies são fatos jurídicos (citação, protesto, apresentação ou produção do título de crédito), porém não negócios jurídicos. Tampouco tem eficácia negocial o protesto de exercer no futuro algum direito ou pretensão (e.g., exibição de livro ou coisa, Código de Processo Civil, arts. 355-363).

a)A *denúncia* tem no suporte fático declaração ou manifestação de vontade de um só lado (unilateral), que enseja negócio jurídico; receptícia, feita pelo que não tem poder de representação, pode ser ratificada; denegada a ratificação, responde o que se fez representante; idem, se feita a representante sem poderes. O

núcleo, os elementos completantes e os elementos complementares são fixados pelo direito material; a forma processual tem de obedecer às regras do direito processual, desde que foi permitida pelo direito material. O

princípio, a propósito de forma, é o do *primado permissivo:* a forma tem de ser o que se exige, ou uma das que se admitem em direito

processual, salvo se o próprio direito material estatuiu diferentemente.

b)A *interpelação,* ato jurídico *stricto sensu,* é exteriorização de vontade que não tem efeitos *per se.* De ordinário, a regra jurídica liga-os a ato ou omissão de interpelado. As línguas latinas não têm duas palavras para a interpelação nos casos em que a pretensão tem por objeto prestação positiva e para a interpelação nos casos em que a pretensão tem por objeto prestação negativa. A terminologia alemã possui *Mahnung e Abmahnung,* que é como se disséssemos advertir do ato e advertir da omissão; ali, advertência impositiva, aqui, opositiva (aliás, por vezes, fala-se de oposição a atos e a omissões, ou só a atos, cf. arts. 550, 618. 698, *verbo* "incontestada"). A interpelação pode ser extrajudicial *e* judicial. A interpelação judicial é a que se faz mediante prestação jurisdicional: pede-se ao juiz que seja comunicado ao interpelado, pelo juízo, o conteúdo da interpelação. A forma processual é usada, então, como a mais segura e enérgica, ainda quando não se dê ao juiz qualquer exame declarativo. Exerce-se, através do Estado, a pretensão. Algumas regras jurídicas fazem exigida essa forma, excluindo a interpelabilidade extrajudicial; diz-se, assim, que a pretensão só é exercivel judicialmente, o que diminui no exercício da pretensão e não na pretensão mesma. A forma normal do exercício das pretensões é a extrajudicial; a forma judicial é excepcional; mais excepcional ainda, a forma judicial exigida. Os princípios, que dai derivam, são os seguintes: *a)* se não há exclusão da forma extrajudícial, entende-se que basta essa; *b)* salvo se, na espécie, não se admite interpelação judicial, ao interessado cabe escolher. A interpelação é manifestação de vontade, não é negócio jurídico; é ato jurídico a negocial. ato jurídico *stricto sensu.* A discussão a respeito foi memorável, até que se chegasse á conclusão de que a interpelação não é negócio jurídico; os seus efeitos jurídicos são *ex lege, e* não *ex voluntate.* Dois dos últimos ainda a sustentarem que a interpelação é negócio jurídico foram Ernst Zitelmann (Selbstmahnung des Schuldners, *Fest gabe fOr* Paul Krúger, 286), porque, dizia, daria ao crédito maturidade temporal *e* o afiaria, *e* H. Siber (Interpelíatio und Mora, *ZeitschriJt der Savigny-Stiftung,* Parte romanistica. 29, 108 s.), que a teve como espécie de denúncia (confusão devida àqueles casos em que se mesclam denúncia e interpelação), para que produza pleno vencimento. O que pensa o interpelante não importa; nem o que ele declara: o que importa é a manifestação do credor ao devedor, a respeito da pretensão daquele *e* obrigação desse. (Naturalmente, na denúncia *e* interpelação misturadas, há negócio jurídico, mas em verdade é a denúncia que o compõe.) Trata-se de ato jurídico

stricto sensu; dai algumas regras dos negócios jurídicos lhes serem comuns (P. Oertmann, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 3ª-4ª ed., 131 s.: B. Matthiass, *Lehrbuch, 6ª-7ª ed.*. 197; 1 Breit, *Die Ceschàftsfdhigkeit,* 141; P. Eltzbache~ *Die Handlungsfàhigkeit,* 1, 192; E Paech. *Der Leistunqsverzug,* 47 s.; L. Rosenberg, *Stelluertretung im Prozess,* 53; A. Manigk, *Vvillenserklàrung und WilIensgeschãft,* 726; Th. Kipp, *Rechtswahrnehmung,* 120; P. Klein. *fie Rechtshandlungen im* engeren *Sinne,* 163, nota 175). Há elemento de comunicação na interpelação, porém o elemento de manifestação de vontade é o essencial; não é declaração de vontade negocial, ainda quando se insira declaração de vontade negocia] no mesmo ato humano comunicativo.

c)O *reconhecimento em contrato ou contrato de reconhecimento* é negócio jurídico; também *o* é o negócio jurídico unilateral de reconhecimento (= declarativo). Não no é o reconhecimento que apenas contém *exteriorização de representação* ou *de* idéia, como pode ser o do art. 172, V (qualquer ato inequí-

voco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor").

d)A *impugnação,* ou o *pedido de anulação,* quando exercício de direito de impugnar, em vez de exercício da ação de impugnação, ou de anulação, pode ser feito na petição inicial: os pressupostos e os efeitos são regulados pelo direito material. O exercício da ação de impugnação ou da ação de anulação não é ato de direito material praticado no processo; é a própria *res in iudicium deducta.* A ação e o seu exercício não ocorre estarem no processo; o exercício dela consiste exatamente em ser alegada, *deducta,* ao instaurar-se o processo em cuja sentença se aprecie se ela foi exercida justamente. Para isso, *o* autor exerceu a sua pretensão à tutela jurídica, sem a qual não poderia exercer, judicialmente, a ação . O negócio jurídico nulo ou anulável somente deixa de existir com o trânsito em julgado da sentença. Se a lei permite a decretação da nulidade em *incidente,* ou a qualquer momento em que se dê cognição judicial, isso apenas exclui as formas processuais rigorosas, de modo que a decisão constitutiva negativa pode ser conteúdo de simples despacho.

e) A *renúncia,* que é negócio jurídico, não se confunde com a *desistência* do *processo,* que só se refere à relação jurídica processual. Se essa é conseqüência daquela, há dois atos jurídicos que se regem pelos respectivos ramos de direito. Se houve renúncia, e não consta do

processo, esse prossegue; se consta a renúncia, sem se ter processado desistência, continuou aquela no plano da *res in ludicium deducta* e como tal há de ser examinada e levada em consideração. Se a relação jurídica processual se desconstitui, ou se se constitui o ato processual de que consta a renúncia, ao direito, que a rege, é que cabe responder se ela subsiste; isto é, se não foi atingido elemento nuclear do seu suporte fático. Não pensava assim 1 Kohler, nem K. Schneider, que lhe seguiu as pegadas (Anfechtung wegen lrrtums im Laufe des Prozesses, *Zeitschrift fOr deutschen Ziuilprozess,* 31, 283).

f)O *protesto* não é negócio jurídico, quando se trate de *protestatio facto contraria,* para *reserva* ou *ressalva.* Os protestos que são exercício de direitos formativos modificativos, geradores ou extintivos, também não são negócios jurídicos. Sejam quais forem, o direito em que têm de irradiar eficácia é que os há de reger.

g)O exercício do direito *de escolha e* o exercício do direito de *opção* são regidos pelo ramo de direito em que esses direitos nasceram; *mais,* no que concerne à prestação, pelo que determinar *o* direito relativo a essa.

h) *Abandono* de bens imóveis e *derrelicção* de bens móveis podem caracterizar-se na pendência de processo. As regras jurídicas concernentes á perda da propriedade são as únicas que se hão de consultar, porque outras só incidiriam se houvesse remissão a elas (lei-conteúdo).

i)A *compensação e* a *transação* merecem estudos especiais, no direito das obrigações. i. Kohler (Die Aufrechnung nach dem BGB, *Zeitschrift fOr deutschen Zivilprozess.* 24, 1 s.), K. Schneider, (Aufrechtung wegen irrtums, *Zeitschrift,* 31, 277) e A. Wach (Prozessvollmacht und Finrede der Aufrechnung, *Zeitschrift,* 27, 1 s. e 14) iam ao extremo de pensar que *o* suporte fático e a eficácia seriam determinados pelo direito processual. Naturalmente, havia os que sustentavam o domínio completo do direito material. Teorias intermédias queriam que a compensação tivesse a eficácia regida pelo direito onde se desse (portanto, no direito material e no processual), e o suporte fático, pelo direito processual (cf. P. Langheineken, *Anspruch und Einrede.* 128; 2. Oertmann, *Die Aufrechnung,* 21 s.). O problema mais delicado é o da *compen* seção *eventual.* Se *o* que alega a inexistência, a nulidade, ou a anulabilidade, ou a ineficácia da pretensão deduzida em juízo, ou a falta de ação (pretensão mutilada), ou o encobrimento da eficácia,

também trata de, eventualmente, compensar a divida com crédito seu, discute-se se o *princípio da primazia* do meio de ataque mais líquido (e.g., julga-se a prescrição antes de se julgar o resto do mérito) tem, ai, de ser atendido. A *teoria da repulsa da ação* responde que sim; a *teoria da acumulação (ou simultaneidade) da prova* responde que não. Ora, há o problema de direito processual e *o* problema de direito material. Se, no processo, domina o *principio da eventualidade,* ou *da acumulação eventual,* segundo o qual o ataque *e* a defesa têm de ser em globo, simultaneamente, e não consecutivamente, ainda que haja incompatibilidade entre as alegações (=

postulações) e as provas, — claro que seria injusto exigir-se ao devedor contracredor que *escolhesse* entre objetar contra a divida, ou excepcionar, e alegar a compensação. Se preferisse objetar, expor-se-ia a, perdendo quanto à defesa, perder o direito à compensação; se preferisse alegar a compensação. expor-se-ia a perder, depois, quanto á defesa, máxime pelo fato de não ter podido objetar ou excepcionar. Se domina, no direito processual, o *princípio da preclusão,* em verdade ou o legislador do direito processual feriu o direito material, criando prazo ao exercício do direito formativo extintivo, ou se limitou a regular-lhe o exercício *no processo.* Nesse caso, a alegação lá fora, só no direito material, *viria* ao processo. As dificuldades mostram, de si mesmas, que se tem de ***vir*** do direito material, e a admissão da compensação subsidiária ou eventual impõe-se: para evitar preclusão, ou para atender à *Eventualmaxime* (princípio da acumulação eventual), o devedor contracredor objeta. inclusive reconvém, ou excepciona, *e* alega, subsidiariamente, a compensação, obrigando o juiz a que, na sentença, se não atender à alegação objecional. reconvencional, ou exceptiva do reu, *declare* a compensação, que tem a sua eficácia desde o vencimento da dívida que se venceu por último, se já satisfeitos os outros elementos do suporte fático.

j)Na *reconvenção* pode ocorrer o que poderia ocorrer na ação, inclusive na petição inicial. Cumpre, de começo, advertir-se em que a declaração de vontade ou a manifestação de vontade, que dependeria de recepção, para que se completasse o suporte fático do negócio jurídico, não se completa com o fato de se fazer no juízo reconvencional (L. Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess,* 69), salvo se *o* procurador

judicial tem poderes para a receber. Não assim, quando se trate de efeito da citação ou intimação (Código de Processo Civil, art. 316), como o de interromper a prescrição (intimação do autor, requerida pelo reconvinte, é citação), porque aí não se trata de compor suporte

fático de negócio jurídico. A intimação do autor, como a citação do réu, é ato processual, com eficácia de direito material; e.q., de interrupção da prescrição.

k)A *transação é* instituto de direito material, negócio jurídico bilateral (contrato); consiste na concessão recíproca, pela qual se põe termo a litígio, ou á incerteza (subjetiva) das partes (= discrepância), quanto a alguma ou algumas relações jurídicas. O Código Civil brasileiro, art. 1.025, de certo modo a definiu: "E licito aos interessados prevenirem, ou terminarem *o* litígio mediante concessões mútuas."

Entenda-se: de cada um dos sujeitos da relação jurídica, ou das relações jurídicas, ao outro, ou outros. Há um toma-lá-dá-cá, que satisfaz aos interessados. As Ordenações Afonsinas (Livro III, Titulo 80, § 2), as Manuelinas (Livro III, Título 62, § 1) e as Filipinas (Livro III, Título 78, § 1) somente aludiam á transação a propósito de processo, sem processualizarem, contudo, o instituto. Meio Freire *(Institutiones,* IV, 18) definia-a: "Pactum, quo res dubia, dato alíquo, vel retento, vel promisso deciditur, transactio vocatur." E

acrescentava: "in eoque a reliquis pactionibus, quae de re certa ineuntur, differt". Feita em processo, a transação toma a forma processual, como *plus;* isto é, tem de haver a homologação para os efeitos no processo *e* quanto à *res in iudicium deducta* (que é, certamente, o caso segundo o direito material, mas deduzido em juízo). Só assim se há de admitir o dito dos Pós-Glosadores: *Quod transactio quae fit in judicio inteiligitur* esse *de processu iudic ii.* Tem-se de prover á eficácia quanto àrelação jurídica processual e quanto ao deduzido. Já havia K. Hellwig *(Lehrbuch,* II, 388; *Prozesshandlung und Rechtsgeschãft,* 44) chamado atenção para os *dois* negócios jurídicos, que se fundiram no negócio jurídico da transação no processo: o de direito material e *o* de direito processual. Apenas, precisaria dizer que o negócio jurídico processual é de *desistência* da „ação" (talvez parcial), e não de transação; a transação nunca se processualiza: é essencialmente de direito material. Aqui, surge o problema da natureza do negócio jurídico processual, que seria contrato de cessação da relação jurídica processual *(Prozessbeendigungsvertrag) e* o do negócio jurídico em que a transação (negócio jurídico de direito material) passa a ser dependente do processo. No direito brasileiro, temos a *desistência* do processo, que é independente da transação, ou do compromisso, ou outra causa. A desistência, em tal caso, é negócio jurídico processual abstrato. A contrução da transação, como negócio jurídico compósito, não é sem discussão e das discordâncias trataremos no direito das obrigações.

§.252. Negócio jurídico e vontade

1. *Divergências em teoria.* Uma das teorias do negócio jurídico atribui à vontade os efeitos não-legais do negócio jurídico. Seria a vontade, só, que os determinaria; e, sem a vontade, dirigida áeficácia, não haveria negócio jurídico. Era de esperar-se reação a essa atitude-tese. Opôs-se-lhe a antítese da não-essencialidade da vontade, bastando o intuito empírico (A. Eechmann, *Der Kauf.* II, 10 s.) ou o intuito econômico-social (cf. O. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. *Jahrbúclier* fúr *die Dogmatik,* 19, 154 s.; 5. Schlossmann, *Die Lebre von der Stellvertretung.* 1, 273; E. Ehrlich, *Die stillscbweigende Willenserklàrung,* 82 5.; H. Isay, *Die Willenserlclârung,* 82 5.; A. Manigk. *Das Anwendungsgebiet der „./ orschriften,* 80). A argumentação a favor da antitese está em que, se o figurante ou os figurantes manifestam querer o resultado A. a lei atribuiria os efeitos à manifestação de vontade, sem ser preciso que os quisessem. Mas os que sustentam a tese respon-deram: que em certos negócios jurídicos (e.g., os fiduciários) a vontade é diretamente, e sozinha, tendida aos efeitos; que somente se se quer revogar o testamento é que a destruição *o* revoga; que. se não há intenção de abandonar, ou de renunciar, não se abandona, nem se renuncia à propriedade (F. Regelsberger. *Pandekten,* 1, 499 s.; E. Zitelmann, *Die Eechtsgeschàfte,* 1, 93; P.

Eltzbacher, *Die Handlungsjãhigkeit,* 149; L.

Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess,* 43; W. Wedemeven *Der Abschluss eines obligatorischen Vertrags,* 48; E. Jacobi, *Die Theorie der Willenserkldrungen.* 17; R. Henle, *k/orstellungs-und V/illenstheorie,* 266 s.).

A síntese é facilmente encontrável. A técnica jurídica legislativa pode: *(a)* deixar *o* minimo à autonomia da vontade (a escolha de um dentre os negócios jurídicos *a, lo, e n), (lo)* deixar-lhe a escolha, até qualquer ponto, entre *o* mínimo *e* o máximo, *(c)* deixar-lhe o máximo (escolha do negócio jurídico com um só efeito legal que o distinga). A teoria da vontade determinante somente viu (c) ou exagerou *(lo);* a teoria antitética reduziu *(b)* e *(c)* a *(a).* Ora, em certos negócios jurídicos, a vontade tem papel inelidivel, *e* enorme, quanto à determinação da eficácia do negócio jurídico (negócios jurídicos fiduciários); outras vezes, a lei como que lhe prepara caixas, ou repositórios (negócios jurídicos formais); outras, ainda, a vontade exerce bem pouco (porém

não nenhum) papel de relevo (e.g., a derrelicção). Quando a vontades desaparece, isto é, quando se abstrai dela, não há negócio jurídico *(e.g.,* composição da obra científica, aquisição da posse, descobrimento de tesouro, que são atos-fatos jurídicos; aquisição da posse segundo o art. 493, III, se *o* que é figurante no ato está em situação de poder exercer o poder fático, que é efeito de ato jurídico *stricto sensu).* O *depósito irregular* é aquele negócio jurídico em que o intuito econômico prima, frente ao intuito jurídico (o depositário está em situação de poder gastar o depósito), mas essa prevalência é no plano fático, e não no jurídico. Além disso, há a vontade de *vinculação jurídica (rechtliche Bindung).* Na prática, a teoria antitética seria mais prestadia à interpretação dos negócios jurídicos em que pouco se exprimiam as vontades; e a teoria têtica, àqueles em que a vontade expressa deturparia o tipo jurídico-econômico do negócio. Não há, porém, nenhuma conveniência em ater-se o intérprete a qualquer delas, mesmo porque, se é suscetível de deturpação *o* negócio jurídico, ou se o não é, ou até que ponto o é, responde a regra jurídica: a questão é de interpretação das leis, e não de interpretação dos atos jurídicos. Demais, a teoria antitética levaria a se descobrirem linhas discretivas entre o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu,* cuja distinção, nos decênios em que as duas teorias se bateram, ainda não havia alcançado a precisão de hoje. O intuito só se faz jurídico quando o manifestante da vontade tem consciência de que os seus atos estão entrando no mundo jurídico, com os efeitos jurídicos *tais.* Se a pessoa quer *tais* efeitos, sem ter consciência de que os seus atos, entrando no mundo jurídico, os produz como efeitos jurídicos , então o seu intuito é só econômico, social, ou empírico (fático). Essa discriminação do não-jurídico e do jurídico é importante, não há dúvida; não, porém, quanto aos efeitos, — sim quanto à entrada no mundo jurídico e quanto à categoria jurídica, que se escolhe.

Se quero contrato de locação, quero que a casa, cujas chaves entrego a B, fique sujeita a direitos e posse de B como locatário. Se essa vontade não foi bem expressa, não é de importância *o* intuito econômico senão no que ele enche o intuito juridico. Poderia enchê-lo outro intuito, caritativo (baixo preço do aluguel), ou científico (ajuda a instituto de pesquisas), e nem por isso se deturparia o instituto da locação. Por onde se vê que é preciso que haja certa consciência da escolha do negócio jurídico, aliás do ato suscetível de entrar no mundo jurídico *e,* depois de escolhido o negócio jurídico, da espécie de negócio jurídico. Antes de se escolher o negócio jurídico da locação, admitiu-se (= escolheu-se) que se manifestava vontade com possivel entrada no mundo jurídico e, pois, com eficácia *vinculativa.* Tal escolha é feita desde que se oferta. Não há, ainda, intuito jurídico quando se está

apenas em conversações: aí, as declarações de vontade não são atos jurídicos, portanto não são negócios jurídicos , classes daqueles. Se A tem o que tratar, de grande importância econômica, com B, *e* vai conversar com ele sobre isso, a despeito do intuito econômico, as suas concordâncias não entram no mundo jurídico se o intuito juridico não as empuxa para lá.

2. *Momento em que se dó a entrada do negócio* no *mundo jurídico; negócios que nâo entram no mundo jurídico.* Feitas as considerações acima, podemos distinguir momento em que o *negotium se* faz negócio jurídico ou não se faz negócio jurídico (= não entra no mundo jurídico).

(a) Por vezes, o objeto não se presta, ou raramente se presta, ou só excepcionalmente se prestaria a ser objeto de relações jurídicas: *o id quod plerum que fit,* pelo menos, é não se prestar o *negotium* à entrada no mundo jurídico. São manifestações de vontade que se passam e permanecem, por pouco tempo, ou por muito tempo, no mundo fático, às vezes com vinculação política, economíca, moral, religiosa, ou artística, e não jurídica. Se A convidou a B para almoçar, ou para ir ao teatro, ou ao cinema, e falhou ao encontro marcado, ou avisou que não pode ir, não infringiu regra jurídica, não deixou de cumprir dever jurídico ou obrigação juridica: *o* seu convite não entrou no mundo jurídico, não se fez jurídico; por isso mesmo, não irradiou eficácia jurídica. Se A, que tem frisa no Teatro Municipal, convidou a B, e se esqueceu do convite, de modo que B, ao chegar, não encontrou cadeira para se sentar, A cometeu grave falta de correção social, de cortesia, de boas maneiras e até, em certos casos, de caráter, porém não faltou a qualquer dever jurídico ou obrigação jurídica. Se A tivesse querido levar ao terreno jurídico o convite, teria. com o intuito jurídico, empurrado até o mundo jurídico, que é além do mundo fático, a sua manifestação de vontade: teria vendido, trocado, ou doado a B a entrada em sua frisa. No caso de venda, ou de troca, ou de empréstimo, a falta de A não seria só moral, ou de bons costumes; seria jurídica, contratual, e A estaria sujeito a indenização das perdas e danos.

No caso da doação, com o elemento real do contrato *e* o bilhete da frisa, que prova a posse, B teria, por certo, as ações possessórias para ir assistir ao espetáculo.

De regra, entram na classe *(a)* as manifestações de vontade cujo efeito

seria noutro setor da adaptação social que o direito (na moral, na política, na religião, na arte, na ciência); e.g., A promete a B ir confortar a *C,* A promete a B o seu voto nas próximas eleições, A promete a E não se referir mais, com ironia, aos luteranos, ou confessar-se na Igreja católica, A promete a B não usar mais tanto azul nas telas, A promete a E estudar a teoria tal.

(b)

Outras vezes, o objeto presta-se a ser objeto de relações jurídicas, mas o figurante ou os figurantes *não querem* que as suas manifestações de vontade entrem no mundo jurídico: não há ação, nem pretensão, nem qualquer direito (H. Reichel, Unidagbare Ansprúche, *Jherings Jahrbúcher,* 59, 456). Por exemplo: *a)* A encontra ou procura B, por precisar, no dia tal, de tantos mil reais; B promete-os, mas acrescenta que não assume a responsabilidade (vou fazer o possível", "é quase certo que o consiga", "salvo se não puder ser"), — ai, „prometeu" tem conteúdo de vinculação só nas relações fácticas da vida: *b)* B

somente dá palavra de honra que arranjará x para emprestar a A. ou que comprará o prédio de A, ou de *C.*

aqui, o dever é moral, de caráter, posto que, em certos casos, a palavra de honra seja garantia moral ou entre cavalheiros de não deixar de cumprir dever juridico, ou obrigação jurídica, ou de não retardar a execução com a coisa prometida, se houve, à parte, ou vai haver, negócio jurídico; c) B dá palavra de honra que não interpretará o convencionado como negócio jurídico (A. von Tuhr, *Der AUgemeine Teu,* II, 171), *o* que se não confunde com o *pactum de non patendo. ou* a condição potestativa; *d) o* que ficaria juridicamente vinculado pré-exclui a juridicidade do negócio (= declara que o *negotium* não é para entrar no mundo jurídico), como se o que escreve declaração de última vontade acrescenta não quero que se tome por testamento, nem codicilo". por só se dirigir aos seus herdeiros (obteria a mesma ajuridicidade deixando de datar o testamento particular, ou de o assinar). Se entre A e B ficou estabelecido que somente valeria, para os negócios *a, b* e *c,* a forma notarial (art. 133), o negócio entra no mundo jurídico, mas é *nulo* (sem razão, A.

von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 171, que dá o negócio, em tal caso, como ajurídico, isto é. entende que o negócio não entra no mundo jurídico).

(c)

Terceira classe de negócios que não entram no mundo jurídico seria a daqueles que as circunstâncias fazem sem intuito jurídico (H. Reichel, *Die Schuldmitúbernahme,* 243): mútuos, comodatos, garantias de dívidas de amigo a amigos, troca de lugar fixo no teatro para ficar perto de parente (5.

Schlossmann, Uber den Vorvertrag, *Jherings Jahrbúcher,* 45, 77; G. Boehmer, Realverträge im heutigen Rechte, *Archiu* fOr *Búrgerliches Recht,* 38, 327). Não são as circunstâncias, em si. que pré-excluem o negócio jurídico; é a vontade mesma, posto que não se manifeste "clara" ou „expressamente" em palavras: tal vontade mantêm no mundo (fático) das relações sociais, sob regras de cortesia ou de amizade, o que poderia ser empuxado para *o* mundo jurídico.

3. *Problema da vontade contrária e da vontade de não-validade.* Argumenta-se contra essa relevância da vontade que pode haver, da parte dos figurantes, ou do figurante, a convicção de não existir, ou de ser nulo, o negócio, e no entanto existir, ou existir e valer. Apontou-se, em tais casos, vontade „contrária" ao que se produz: vontade de que não entrasse no mundo jurídico o negócio; vontade de que não valesse. O direito romano continha a regra *Qui ignorauit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis* (Papiniano, II, 9, § *4.* D., de *furis et* laco *ignorantia,* 22, 6), ou *Plus enim in re est, quam in existimatione* (Juliano, li. *4,* § 1, D., de *manumissis vindicta,* 40, 2). *Se* alguém ignorava ser dono o vendedor, mais há no real do que na apreciação intelectual *(existimatio mentis);* por isso, adquire-se a propriedade, ainda que se não saiba que o vendedor, era dono. Papiniano e (Juliano não confundiram o plano dos enunciados de fato e o plano das vontades: o „mais há no real do que na opinião" *(Plus est in re quam in existimatione)* passa-se naquele, e somente naquele. Os juristas que do enunciado romano lançam mão para sustentar que haveria de ser nulo (ou ineficaz) o negócio jurídico válido (ou eficaz) que o figurante ou figurantes crêem nulo (ou ineficaz), lamentavelmente confundem os dois planos, com um dos quais nada tem o *Plus est in re quam in existimatione.* Curioso é observar-se que a discussão, de um lado *e* de outro, incide na mesma confusão. A análise mostra-o: *a)* um dos manifestantes da vontade entende (enunciado de fato) que a sua manifestação de vontade (elemento volitivo do suporte fático) não entra, ou entra nulamente, ou entra sem eficácia, no mundo jurídico, *e* o outro entende (enunciado de fato) que entra, ou entra validamente, ou entra eficazmente; *b)* ambos entendem que a manifestação concordante de vontade (elemento volitivo de suporte fático) não entra, ou entra nulamente, ou entra ineficazmente

(enunciado de fato). Quando se propõe para *a)* a solução de não entrar, ou não valer, ou ser ineficaz, porque se entendia que entraria, não valeria, ou não seria eficaz, faz-se prevalecer como vontade o que era enunciado de fato. Ora, em espécies tais, ou o real somente pode funcionar como *reserva mental,* se *o* manifestante imaginava que o outro considerava que *o* negócio entraria no mundo jurídico, valeria, ou seria eficaz; ou é base para anulação por erro. B falso, portanto, dizer-se, como A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 172 s.), que, nos casos *a),* o manifestante da vontade *não quer* o conteúdo jurídico da manifestação de vontade. Quanto às espécies *b),* cumpre distinguir a entrada no mundo jurídico, a validade e a eficácia. Se os dois quiseram, crendo que as suas concordantes vontades não entrariam no mundo jurídico, negócio jurídico não houve: está-se no plano de existência; e existir vontade que se crê não entrariam no mundo jurídico, negócio jurídico não houve: está-se no plano da existência; *e* existir vontade que se crê não entrar no mundo jurídico e querer sem ser para isso, ou, o que dá no mesmo, querer sem que se creia na eficácia jurídica, é não querer juridicamente.

Não se deve *interpretar* a vontade; deve-se responder à pergunta quanto a ter havido, ou não, vontade. Se *o* problema se põe no plano da validade, querer e crer em que o negócio jurídico não vale é sem qualquer consequência para o negócio jurídico: se foi concluído validamente. *existimatio mentis* não o alcança: se foi concluído invalida-mente, entrou no mundo jurídico e não vale. Se o problema se põe no plano da eficácia,

— ou se *quis o* negócio juridico e, pois. se quis a eficácia dele, ou não *se quis* o negócio jurídico: querendo-o, ainda que se creia em que não será eficaz, é tão eficaz quanto se se houvesse querido a eficácia. O que contrata com A a compra da casa, porque crê pertence a B, compra a casa de A, eficazmente; e *o* exemplo de Papiniano fora esse. Se acreditava que a casa pertencia a A e a casa pertencia a B, a compra existe e vale; apenas é ineficaz quanto a B. Tornar-se-á eficaz se A vier a adquirir a casa. Tal como aquele que compra ao menor, crendo que a compra não vai valer, se expõe à ratificação segundo o art. 148. O caso do negócio entre o ladrão, A, e o encobridor do furto, B, é diferente: falta vontade negocial a A *e* a B; se A vem a adquirir a propriedade da coisa roubada, não se pode pensar em convalescença (o negócio jurídico não existia), nem aquisição de eficácia (eficacização), quanto a A (foi o próprio A que vendeu, coisa diferente do que ocorre no art. 622, 2ª parte). Admitiu A.Manigl *(Willenserklãrung und Willensgeschàjt,* 545) o *animus dominii adquirendi* do que acha impossível a aquisição; mas esse *animus dominii adquirendi* seria absurdo, no plano da existência, onde "querer" e „ não

crer na entrada do negócio no mundo jurídico" são no plano fático e não entram no mundo jurídico, pois não supera o crer à realidade *(Plus* est in *re quam in existimatione).* O que ocupa a coisa que não supõe adéspota e não no é não adquire, no direito alemão, a propriedade; adquire-a, no direito brasileiro, que abstrai do *animus e* do *curpus.* Aliás, alguns juristas alemães chegaram, depois, à mesma conclusão.

§ 253. Vontade e lei

1. *Lei e constituição do negócio jurídico.* A constituição de negócios jurídicos só se permite dentro dos limites legais. A respeito de muitas relações, não é possível, juridicamente, negociar-se. Posso contar com o voto de A. que mo prometeu; não há entre nós negócio jurídico. Prometi a B visitá-lo todos os anos, a data do seu aniversário; não negociei isso, no plano jurídico. Mas *C,* que é músico, pode negociar os seus serviços para a data do aniversário de B, em dois, ou mais anos seguidos. O pai de D não pode renunciar ao pátrio poder; nem pode o tutor ceder a tutela. Quando nada pode a vontade dos figurantes, ou do figurante único, há cogência da lei *(ius cogens). Se* ficou *branco,* em que a vontade deles, ou dele, se pode inserir, a técnica jurídica legislativa assume atitude menos enérgica: ou edicta regras jurídicas que incidam, se nada se introduziu de vontade, ou edicta regras jurídicas que resolvam as dúvidas sobre a vontade, ou nada edicta para encher o branco. Se houve vontade, interpreta-se; se não houve, continua o branco. É de notar-se que a permissão da escolha entre negócios jurídicos, ou a própria constituição de negócio jurídico, já é deixar algo à vontade.

Quando as regras jurídicas cogentes se referem a serem ou não serem os negócios jurídicos, dizem-se pré-excludentes: *o negotium* entra, ou não entra no mundo jurídico. A cogência é absoluta. Se as regras jurídicas cogentes admitem a entrada do negócio jurídico que as infringia, ou se referem à *validade* (regras jurídicas nulificantes, regras jurídicas anulativas), ou ao *conteúdo* (regras jurídicas preenchentes, distintas das regras jurídicas dispositivas, que são enchentes, por se referirem essas a lugares que a vontade poderia preencher), ou à eficácia (regras jurídicas *eficacígenas,* regras jurídicas limitadoras ou pré-excludentes ou excludentes de efeitos). As regras jurídicas, de que resultam rescisões, são cogentes *rescisoriais:* o negócio jurídico existe e vale, mas pode ser *cindido.* Algo ocorreu, ao ser concluído, que vai dar

ensejo, mediante ação do interessado, à rescisão. Tal como acontece aos contratos em que ocorreu vício redibitório (arts.

1.101-1.106) e às sentenças rescindíveis (Código de Processo Civil, arts. 485-495). No tocante aos pressupostos. se a infração das regras jurídicas causa não-validade, dizem-se *perfeitas;* se da infração só provém outra sanção (disciplinar, reparação do dano), dizem-se *imperfeitos.* Nas regras jurídicas perfeitas, há *limites* ao poder dos que negociam; nas imperfeitas, não: há, apenas, impediência (como se dá a respeito dos impedimentos matrimoniais, que, se as regras jurídicas são perfeitas, civam de invalidade *o* casamento e chamam-se dirimentes; se são imperfeitas, apenas opõem óbice vencível, e são ditos impedientes).

2.

Efeitos jurídicos e lei. Só há efeitos jurídicos se a regra juridica os determina, atribuindo-os ao fato jurídico. Nos negócios jurídicos, ainda quando esses efeitos são queridos pelo figurante, ou *pelos* figurantes, fora, portanto, dos que resultam de terem querido o negócio jurídico em si mesmo, a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu, isto é, se deixou no figurante ou figurantes branco para autoregramento. O branco, que a lei deixa, *e* interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que estatui:

„O que, no branco, deixado à autonomia da vontade, for querido tem eficácia". Onde essa regra jurídica explícita ou implicitamente não existe, a vontade não tem efeitos. A vontade só tem efeitos porque é elemento de suporte fático que se torna fato jurídico e é esse que irradia eficácia. Fala-se de efeito *da vontade* por abreviação. O que há é efeito do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* ou do ato ilícito, em cujo suporte fático está a vontade.

3.

Limites à vontade nos negócios jurídicos. A interioridade da vontade em relação ao us *cogens* é, pois, essencial ao negócio jurídico. Por isso mesmo, não posso pré-excluir, no contrato, a possibilidade de distrato; nem estabelecer que serão inexistentes. nulos, anuláveis, ou ineficazes, negócios jurídicos futuros, posto que possa obrigar-me, dentro do negócio juridico, a não concluir outros negócios jurídicos, determinados ou da mesma espécie. Se os fizer, respondo tão-só, por

infração de obrigação, oriunda do negócio jurídico em que o prometi. Se a cláusula é permitida, respondem as regras jurídicas do negócio jurídico em que se insere. Assim, a cláusula de não poder revogar o testamento (art. 1.626) é ineficaz (cláusula derrogatória). porque não entra no mundo jurídico, trata-se de derrogatória *potestatis, voluntatis,* ou *solennitatis,* quer *per verba generalia,* quer *per verba specialia.*

4. *Tipos dos negócios jurídicos.* A fixação dos tipos de negócios jurídicos abre à vontade o caminho da escolha; supõe, além do mínimo de eficácia (vinculação jurídica), algum ou alguns efeitos fixos, imutáveis, que dêem à categoria jurídica a sua especificidade. Quando os interessados escolhem *o* negócio jurídico, escolheram-no por conhecerem esses efeitos legais e por saberem, de antemão, quais os efeitos "queridos" que podem determinar. No que concerne ao direito das coisas, o mínimo de categorias é menor, adotando-se, além disso, a limitação *e* a não-combinabilidade *(numerus clausus).* Só existem os direitos reais que a lei admite e o próprio conteúdo deles é limitado pela regra jurídica. No plano do direito das obrigações, a vontade encontra campo maior: não há *numerus clausus* para os negócios jurídicos bilaterais obrigacionais; posto que os negócios jurídicos unilaterais não possam, em principio, ser modificados pela vontade do manifestante da vontade *(C.* Crome, Sys *tem,* 1, 343 S.; 3. Breit, *Die Geschàftsfàhigkeit,* 95). Aliás, ocorre *o* mesmo com os negócios jurídicos de sucessão constitutiva (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 180, nota 21).

A lei cria os tipos. Em alguns ramos do direito, os costumes criam outros, lentamente, hoje menos do que outrora, pela atenção maior das democracias aos problemas que surgem nas relações humanas. Ainda assistimos ao surgir do contrato de fornecimento de energia elétrica, de anúncio em periódicos e de outros.

As combinações são permitidas, delas resultando negócios jurídicos mistos, especialmente contratos mistos, em gradação de originalidade, que leva a contratos que dificilmente caberiam em qualquer dos tipos. Os juristas romanos tiveram de prestar atenção às ações *e* aos negócios jurídicos que não tinham nomes vulgares e usados *(vulgaria atque usitata nomina)* e ao modo pelo qual se exerceriam e atenderiam. Conhece-se bem a ação *praescriptis verbis,* a que era necessário recorrer-se, se os contratos eram inominados *(quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;* Juliano, li. 3, D., *de praescriptis verbis et in factum* actio *nibus.* 19, 5). E. Ulpiano, no trigésimo livro *ad Sabinum,*

enunciou (li. *4) "Natura ... rerum conditum esi, ut plura sint negotia quam vocabu Ia."* Resulta da natureza das coisas que mais sejam os negócios que os nomes.

5. *Limites quanto ao conteúdo e à eficácia do negócio jurídico.* Dentre os limites que a lei traça à vontade negocial estão os que dizem respeito ao *conteúdo* dos negócios jurídicos ou à *eficácia.*

a)

O art. 1.262, alínea 1ª, do Código Civil estatuíra que é permitido no mútuo fixarem-se, por cláusula expressa, juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis; a alínea 2ª foi alterada pelo Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, art. 1º de forma que, hoje, a regra jurídica é a seguinte: "Esses juros podem fixar-se abaixo, ou acima da taxa legal até o dobro." Na parte em que se dizia (alínea 2ª, *in fine)* "com ou sem capitalização", *o* art. 1.262 foi derrogado. O art. 49 do Decreto n0 22.626 é que está em vigor: "E

proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano." No art. 59 do decreto nº 22.626 há outra limitação: "Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% *e* não mais." *b)* Quanto à eficácia, por exemplo: Não se pode excluir, em contrato, a responsabilidade pelo dolo, nem têm efeito a condição protestativa pura (aqui, aliás, não existe a condição, não entra no mundo jurídico, art.

115, 2ª parte) e a condição juridicamente impossível (nula *e,* pois. sem efeito, art. 116, 2ª parte).

Tais regras jurídicas são inspiradas pelo intuito político de defender os que negociam contra si mesmos e as maquinações de outrem. Supõem a debilidade de algumas pessoas e a contingência, ocasional, de ter alguém de se subordinar à vontade de outrem. E a técnica que vimos desenvolver-se, e quase encher toda a legislação social hodierna. Duas das suas espécies mais eficientes são a *denúncia e* a *resilição* por circunstâncias novas, ou graves *(e.g.,* arts. 1.193 do Código Civil e 52, II. da Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979, quanto a denúncia cheia, nos casos de locação de imóveis urbanos; art. 1.211, quanto de prédio rústico arts. 1.226 e 1.229, sobre locação de serviços, e 1.247, a respeito da empreitada; ainda, *e* pela pertinência histórica, o revogado Decreto-Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, art. 39, acerca da

resilição de contrato de serviços domésticos). A revogabilidade da doação por ingratidão do donatário pertence à mesma técnica (art. 1.181-1.187). A exclusão do sócio, regendo os arts. 1.405 e 1.406, também. Aliás, a livre revogabilidade e a renunciabilidade do mandato (art. 1.316,1) e a renunciabilidade da qualidade de sócio (art. 1.399, V) têm a mesma inspiração, posto que deixada a inteiro arbítrio do manifestante da vontade, salvo caso de má-fé (arts. 1.405 e 1.406).

c) A *licitude* é limite geral em matéria de negócios jurídicos (arts. 82 e 145, II), bem assim a *legalidade* dos pressupostos necessários (art. 145, lll-V). A sanção é a nulidade. O Código Civil fala das obrigações de dar, de fazer e de não fazer (abstenção). Todavia, nem todo ato, nem todo não-ato, pode ser prometido, na dimensão jurídica. Alguns juristas entendiam que é de exigir-se que o ato tenha valor econômico (pecuniário), ou que o tenha o interesse do credor (K. Hellwig, Uber die Grenzen der Vertragsmáglichkeit, *Archiv fOr die civilistische Praxis.* 86, 223 s.. *e Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.* 311, nota 9; Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* III, 56 s.); absolutamente sem razão, assim no direito alemão (R.

Stammler, *Das Recht der Schuldverhàltnisse,* 1-7; II. Enneccerus, *Lehrbuch,* , *3lª-35ª* ed .;A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 182 s.) como no direito brasileiro (art. 76: "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legitimo interesse econômico, ou moral"; parágrafo único: "O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua familia" Código de Processo Civil, art. 3º) E preciso não se confundir interesse moral e ato que pertence à dimensão moral; aqui, moral é o ato, e não o interesse nele.

Não pode ser objeto de contrato *o* rezar para alguém (ato da dimensão social da religião), nem o entrar em partido político, ou dele sair (ato da dimensão social da política), nem o não se casar a segunda vez, ou casar-se (ato que é mais da dimensão moral do que da dimensão jurídica; por sua natureza, tal como concebemos a vida, deve ficar à livre resolução de cada um). No direito romano, a II. 9, § 2 (Ulpiano), D., de *statuliberis,* 40, 7, dizia: "ea enim in oblígatione consistere. quae pecunia lui praestanque possunt, libertas autem pecunia Lii non potest nec reparari potest". O que se compreende na obrigação são as coisas que com dinheiro se podem prestar e (entregar); a liberdade, porém. não se pode pagar com dinheiro, nem se pode integralmente reparar Mas a li. 7 (Papiniano). D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5. previa o contrato a favor da liberdade do escravo, com a ação *praescriptís verbis,* se havia interesse econômico, ou, se não o houvesse,

a *condictio,* para a devolução do que fora prestado. Na li. 38, § 17 (Ulpiano), D., de *verborum obligationibus.* 45, 1, recorreu-se á pena, para o caso de não haver o interesse econômico: a pena satisfaria ainda àquele *cuius nibi! ínterest.* O direito contemporâneo evitou que se tivesse de recorrer a esse expediente; e permite a invocação do interesse so „moral", adjetivo que tem, aqui, sentido amplissimo. O

interesse só econômico é a regra. O Código Civil afastou a teoria restritiva; não é preciso que o credor se faça mais rico, recebendo, ou menos rico, deixando de receber. O interesse há de ser digno de proteção. Mas a fonte não importa: A pode querer que se lhe preste *a,* que é mais belo e menos caro, ou *a",* que é, para ele.

mais discreto, posto que mais barato, ou *a".* que é mais legitimamente marajoara, se bem que sem grande valor econômico, ou *a* . que somente tem, ou somente tem, para A, valor religioso. Sempre que a prestação ofenderia à liberdade física, de pensamento, ou outra, que a Constituição assegure, o negócio jurídico é ilícito: vincularia o ato que, por fundamentos de convicção humana hodierna, tem de ser livre. Há nulidade (art. 145, II). Em todo *o* caso, é preciso não se entender ilícita toda pretensão para a qual não se encontre interesse legítimo racional (Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch.* ~, 9ª ed., 11, que foi ao extremo de escrever que é contra os bons costumes pedir sem base em intenesse legítimo "racional"): a racionalidade (acordância com a razão) seria *plus* e, para que existisse, teria de existir *in casu, o* corte da lei positiva de algum princípio superior de direito (direito supra-estatal, direito constitucional).

E óbvio que, por negócios jurídicos de direito privado, não se podem restringir direitos, pretensões, ações e exceções de direito público, nem os deveres, obrigações e situações passivas correspondentes às ações e às exceções. Tem-se apenas de discutir se esses negócios juridicos entram no mundo do direito, ou se entram nulamente. A resposta, no direito brasileiro, é no sentido da *nulidade* (art. 145,11); salvo se há regra jurídica que pré-exclua a juridicidade *(e.g.,* art. 69, *in fine,* coisas fora do comércio por serem legalmente inalienáveis). O negócio jurídico que estabelece obrigação de não prestar testemunho é nulo; bem assim, o de abster-se de denunciar, posto que valha o em que alguém se obriga a não dar queixa criminal (ação privada).

Os problemas mais delicados são os que aparecem respeito à liberdade econômica, que não está no mesmo plano de incolumidade que a liberdade física, a de pensamento *e* as outras. Deslocam-se eles para o

direito constitucional, se a lei ordinária parece ter limitado, de mais, a livre atividade econômica, ou se o próprio negócio jurídico parece ter ido além, no cerceá-la. A atividade econômica não é, em si, *irrestringível* pelos negócios jurídicos, nem *ilimitável* pela lei. A limitabilidade é problema de direito constitucional; a restningibilidade já se regula no próprio direito privado, posto que, em si, não seja irrestningível. Tem-se de indagar se a restrição não foi a extremo insuportável *(princípio da irrestringibilidade ao extremo):* se o foi, é nulo o negócio jurídico, pela insuportabilidade. Esse princípio é o que inspira a fixação de taxas máximas de juros (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, arts.lº,6º), o salário mínimo (Constituição de 1988, art. 6ª, IV), a duração máxima do contrato de locação de serviços (art. 1.220). A suportabilidade é apreciada do lado do devedor, mas há de ser levado em conta o interesse do credor, correspondente ao que prestou, presta, ou está a prestar. E preciso que o interesse do credor seja digno de proteção, na medida em que se vincula o devedor, aproximadamente. O que é encarregado de guardar, armado, depósitos de grande valor, ou perigo, expõe a vida e recebe o seu salário, que não é muito diferente dos salários que recebem outros empregados da empresa: o interesse do credor é digno de proteção; não se pode dizer que seja nulo o contrato. O guarda-floresta està na mesma situação que o guarda-depósitos, os bombeiros, os vigias de mar *e os* amansadores de cavalos. E nulo, porém, o contrato em que um dos contraentes, para sua diversão, ou dos seus convidados, obtém de pessoa não profissional a promessa de nadar até um rochedo, poucas vezes ou nunca atingido, com risco de vida.

Nas sociedades, *uma vez que* á *possível delas retirar-se* o sócio, ou porque alguma convicção seja de exigir-se, pode incluir-se o dever de freqúentar a igreja, de não beber líquidos alcoólicos, de não comer carne, de votar nas chapas do partido. se a sociedade, de que se trata, é esse partido.

É preciso notar-se que as limitações á faculdade de se vincular negocialmente nem sempre compõem o ilícito; derivam de principios fundamentais ao sistema jurídico, no que ele reflete e não pode afastar-se do estado social, a que ele serve. São, quase sempre, limites, que se hão de interpretar como traçados, que regras jurídicas cogentes impuseram, sem os colorir de ilicitude *stricto sensu.* Por isso mesmo, atos e inações que não poderiam, validamente, ser prestação contratual, podem ser ato *recompensável* (art. 1.512), ou razão de pena (e.g., se cobrar juros usurários, será expulso da sociedade; cf. H. Lehmann, *Die Unterlassun-gspflicht,* 137).

A distinção entre limitação quantitativa à autonomia da vontade e nulidade por ilicitude (imoralidade, senso lato) tem importância prática, a respeito do art. 153: a ilicitude acarreta, de regra, a nulidade de todo o negócio jurídico, e não só na medida em que passa do limite (a separabilidade é excepcional); a limitação acarreta a redução, salvo se a lei dá outra sanção (a inseparabilidade é excepcional, por se tratar de quantitativo). Assim, o condomínio por mais de cinco anos (art. 629, parágrafo único) entende-se por cinco anos. A anticrese por mais de trinta anos entende-se extinta aos quinze anos (art. 760, 2ª parte). A locação de serviços por mais de quatro anos reduz-se (art. 1.220). O *pactum de non alienando,* por tempo indeterminado, entende-se para o tempo que as circunstâncias justifiquem (A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* II, 185, nota 48). O art. 92 do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, disse: "Não é válida a cláusula penal superior àimportância de 10% do valor da dívida." O termo "válida" é, aí, ambíguo: anão-válida é toda a cláusula, ou dá-se a redução? Quanto aos juros, o art. 1ª provoca o mesmo problema, agravado com a terceira interpretação que afirma a sanção da nulidade total do negócio jurídico. A solução mais acorde com a técnica das limitações quantitativas é a da *redução.*

6. *Limitação do conteúdo.* As vezes, a lei, em vez de redigir regra jurídica *nulificante,* limita o conteúdo do negócio jurídico, ou a sua eficácia *(e.g.,* se há" motivo plausível", o depositário pode requerer o depósito judicial da coisa, art. 1.270).

7. *Excessividade superveniente do efeito e impossibilidade.* A *excessividade* (insuportabilidade) pode ser posterior ao negócio jurídico. Então, já *o* suporte fático se fez fato jurídico; já é, vale e quiçá já tenha todos os efeitos *o* negócio jurídico. As circunstâncias não podem atingi-lo mais; sobrevêm-lhe. A exorbitância é relativa ao cumprimento. Todo o problema está em se saber desde quando o insuportável perfaz o impossível (W. Kisch, *Die Wirkung der nachträgliche eintretenden Unmdglichkeit.* 13). Os arts. 879 *e* 882 é que hão de incidir (impossibilidade superveniente).

8. *Extinção* do *interesse do credor* Se o interesse do credor desaparece. extingue-se o dever; assim: se A prometeu a B não comerciar com

sapatos na mesma rua *e B* fechou, mais tarde, a casa, a obrigação nascida da cláusula de não-concorrência extingue-se. Se o interesse passa a envolver ilicitude, *e.g.,* obrigação de auxiliar o intercâmbio entre dois países e esses países entram em guerra, há impossibilidade superveniente.

Para os casos em que não há propriamente impossibilidade, mas grande dificuldade, imaginou-se, não a resolução da obrigação (cf. arts. 865, 866, 879), ou extinção (art. 882), mas *a exceção de boa-fé* (P.

Krúcl□mann, Unmõglichkeit und Unmãglichleitsprozess, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 101, 1 s.) Seria achar-se pousada a caminho do impossível, evitando-se a resposta à questão concreta: gHá, ou não há, in *casu,* o impossível, isto e. o insuportável ou o exorbitante equivalente ao impossivel? *De lege ferenda,* seria de pensar-se em exceção dilatória para os casos de exorbitância passageira. A isso têm provido leis emergiais (moratórias, reduções etc.).

Capítulo XI

Auto-Regramento da Vontade

§ 254. Suporte fâtíco e vontade

1. *Auto-regramento ou autonomia da vontade.* Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não queira.* O auto-regramento, a chamada "autonomia da vontade", não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que *a)* os fatos se fazem *jurídicos, b)* relações nascidas independentemente do direito se tornam *jurídicas* e, *c) relações jurídicas,* nascidas, portanto, no direito, se estabelecem. Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, *privada,* ou em movimentos grupais, de *multidão* ou *de massa.* Os sistemas jurídicos apenas põem no *seu* mundo, dito mundo jurídico, parte dessa

atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo; *e* deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum. ~Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, "autonomia privada", ou "autonomia da vontade": é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para *o* direito. E *interior,* portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas co-gentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam. Desde as tribos mais primitivas, assim foi e é; e não se poderia negar a existência de relevância jurídica das trocas entre homens do século XV ou XVI e os silvícolas, com a prática de se colocar em lugar certo *o* objeto oferecido e de se ir buscar o outro objeto, somente porque não há (diz-se) organização política. Ora, todo contacto, amigável ou pacifico, ou guerreiro, entre pessoas de sistemas jurídicos diferentes, é *político;* se há negócios entre elas, fazem-se jurídicos. Não havia, certo, ordem jurídica que reguIasse o negócio; mas havia *duas* ordens jurídicas em contacto, regendo cada uma o dever e a obrigação do que a ela estava submetido.

2. *Dimensão jurídica e dimensões política e moral.* A preocupação de explicar *o* jurídico pelo político, ou pelo moral, tem levado os juristas a identificações ou analogias escusadas entre a vontade elemento do suporte fático do negócio jurídico e a *lex.* Dai ter-se usado e abusado de expressões como autonomia, autonormatividade, que em frases como, "O contrato tem força de lei", não poderiam significar mais do que alusão à juridicização do negócio. A "autonomia da vontade" não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar *jurídicos* atos humanos, a vontade.

§ 255. Vontade e mundo jurídico

1. *Entrada no mundo jurídico.* Os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os *jurídicos.* Em verdade, ainda que amplamente, o direito *limita* a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados . Mundo fático e mundo jurídico não são

coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada "autonomia da vontade", o auto-regramento, não é mais do que "o que ficou às pessoas". Há situações que predeterminam relações jurídicas, sem que as pessoas possam evitá-las, ou modificá-las. Toda indagação de fundamento político da chamada autonomia da vontade é inútil ao jurista, no plano da exposição jurídica. E matéria de justificação ou de crítica dos sistemas jurídicos (nenhum há que a exclua, totalmente), ou de alguma regra ou grupo de regras jurídicas, que lhe aperte ou dilate os limites. O campo de auto-regramento é apenas o que resta. Mais ilegítimo ainda é alargar-se o conceito de auto-regramento da vontade, que é conceito de quem vê, *de cima,* as regras jurídicas cogentes *e* o que elas deixam sem o repelirem do mundo jurídico, para se adaptar tal conceito a algum sistema político que tenha deslocado para entidades outras que o Estado a edicção de normas jurídicas, ou que interprete tê-lo feito. Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de *auto-regramento de direito privado,* porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer autoregramento da vontade, em direito público, — o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.

2. *Lei e configuração das relações jurídicas.* A lei não deixa, inteiramente. à vontade dos interessados configurar as relações jurídicas. Por vezes, preestabelece-as de modo claro *e* irremovível; outras vezes, cria alguns tipos de relações jurídicas , dentre as quais se pode escolher o que convém. Ali, a cogência é absoluta; aqui, a escolha entre tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma ou outra, respeitados os limites, isto é, o número clauso de tipos (cogência relativa).

(a) Sempre que a regra jurídica estabelece a impotência da vontade para a configuração de negócio jurídico, ou o faz em termos de *vedação,* ou em termos de *insuficiência,* ou em termos só de *deficiência.*

Acolá, o negócio jurídico não pode ser obtido (é o caso dos jogos proibidos); ali, outro elemento volitivo, ligado ao elemento insuficiente, obtê-lo-á, ou poderia obtê-lo; aqui, o negócio jurídico perfez-se, deficitariamente.

Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (= não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma e *o* assentimento de terceiro.

(b)As regras jurídicas cogentes, quanto às conseqüências da sua violação, dividem-se em: *a)* regras cogentes *repetentes ou préexcludentes,* regras que negam existência ao fato jurídico, inclusive ao negócio jurídico, as regras cogentes *nulificantes,* ou que dão ensejo á nulidade do ato jurídico, inclusive negócio jurídico, *c)* regras cogentes *anulativas,* que têm como consequência a anulabilidade, *d)* regras cogentes *não-invalidantes,* que são aquelas de que resultam consequências que não são a de inexistência, nem a de não-validade (reparação do dano, caducidade de algum direito, medidas disciplinares, óbices ao exercício de algum direito, rescindibilidade). As regras jurídicas b) e c) são as regras jurídicas cogentes *invalidantes.*

a)

As regras jurídicas cogentes *pré-excludentes* repelem do mundo jurídico suportes fáticos que tentem penetrar; não se transformam esses em fatos jurídicos, porque as regras jurídicas, que incidiriam sobre eles e os fariam fatos jurídicos, precisamente lhes negam *existência* no mundo jurídico, ou, referindo-se a outras regras jurídicas, não deixam que elas incidam sobre o suporte fático. As vezes, a razão está em insuficiência do suporte fático, porém ali a atitude do sistema jurídico ocorre mais enérgica.

b)

As regras jurídicas cogentes *nulificantes* param na negação que contêm. antes do plano da inexistência: admitem que exista o negócio jurídico, porém *nulamente.* As *leges perfectae,* conceito que se tira de texto de Ulpiano *(Era g.*. 1, § 2), seriam as regras jurídicas *nulificantes,* mas a *nulitas* era o mesmo que a inexistência; *e* o texto de Ulpiano precisa de maior estudo. Nem sempre se pode traduzir por nulo o *nulus* do direito romano, porque *nulus* era inexistente.

c)

As regras jurídicas cogentes *anulantes* são as que permitem a propositura da desconstituição do negócio jurídico, ou do ato jurídico; não repelem do mundo jurídico o suporte fático, nem nulificam o ato jurídico.

d)

As regras jurídicas cogentes *ncio-invalidantes* deixam existir *e* valer o negócio jurídico, mas a violação acarreta pena *(minus quam perfecta lex)* ou outra consequência *(leges imperfectae).*

Aqui surge o problema da rescindibilidade que tantas vezes temos discutido. O rescindível existe, *e* vale.

Tem-se a chave para abrir, para cindir: enquanto não se (re) onde, o negócio jurídico lá está,—é e *vale.* Não é nulo, nem anulável.

3. *Eficácia jurídica do negócio jurídico.* O ato jurídico, incluido o negócio jurídico, existe e vale, nos limites da lei; a sua eficácia, desde a vinculação, depende da lei: é eficácia *jurídica,* isto é, a eficácia que tem, no mundo jurídico, o ato jurídico *(e.g.,* não posso contratar reservando-me o poder de revogação, unilateral, ou bilateralmente, *aliter* o poder de denúncia, se permitida; nem com a exclusão de modificá-lo, ou de distratá-

lo). Alguns juristas, às vezes por má tradução de livros alemães, falam de "revogação bilateral dos contratos" (e.g., E. Betti, *Teoria generale deI Negozio giuridico,* 162); porém o *contrarius consensus* (o distrato) não era, nem é revogação *(WiderruJ),* mas supressão *(Aufhebung).* Depois que o negócio juridico bilateral se conclui, só o *contrarius consensus* pode desfazê-lo, isto é, trazê-lo do mundo jurídico para fora.

Ou a resolução, se é o caso. A revogação (retirada da voz) já é impossível. Quanto aos próprios negócios jurídicos unilaterais, a revogabilidade é excepcional. Consequências: o *que* não foi apontado como revogável é irrevogável; o que perfez negócio jurídico unilateral revogável não pode prometer não revogar (= exdum a revogabilidade), porque foi a lei que, devido a interesses acima do comércio humano, teve por excepcionalmente revogável o negócio jurídico (e.g., a *cláusula derroqatória* nos testamentos, quer a cassatónia, quer a relativa, *Tratado dos Testamentos,* 1, 61-64; L. 22. pr.. D., *de lega tis et fideicommissis,* 32: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a pniore ei recedere non liceat").

§ 256. Entrada no mundo jurídico

1. *Tipos de atos e tipos de negócios jurídicos.* Ao dizer o que é que basta ao fato para ser *jurídico,* inclusive quanto a atos humanos, a regra jurídica preestabelece o que é suficiente e o que *não* no seria, ou importaria em deficiência. As vezes, exige *tipos de atos* e *tipos de negócios jurídicos,* de modo que as pessoas ou *a)* escolhem um dentre eles, ou b) nada querem que possa entrar no mundo juridico, ou *c)* o que quiseram nele só entra deficitariamente. O melhor exemplo é do *numerus clausus* dos direitos reais, a respeito de cujo conteúdo as leis apenas contêm permissões de modificação dentro de limites. Só existem enfiteuse, usufruto, uso, habitação, renda sobre imóveis, penhor, hipoteca, anticrese, porque a lei o permite. Existe, por exemplo, contrato de opção; não existe, no direito brasileiro, direito real de opção, posto que se pudesse construir. Há renda sobre imóveis, com prestações periódicas; não há renda com prestação negativa (abstenção).

2. *Auto-regramento da vontade. No* direito das obrigações é onde ocorre mais largo auto-regramento da vontade. As categorias jurídicas do direito das obrigações deixam margem a negócios jurídicos que não entram nos tipos fixados pela lei. São os negócios jurídicos *atípicos.* Em todo o caso, os negócios jurídicos unilaterais entram no quadro dos negócios jurídicos em *numerus cIo usus,* se bem que os tipos possam ser oriundos de regras jurídicas não escritas. Ainda a propósito da derivação constitutiva de créditos, não se admite mais do que o usufruto e o penhor (caução de títulos de crédito). À vida ficou sugerir os contratos mais próprios; alguns complexos, compósitos, ou mistos, pela combinação de tipos contratuais; outros, em entrelaçados de espécies contratuais. Para obviar aos inconvenientes de tão amplo auto-regramento, as leis apontam pactos, que reputam inexistentes (= não-jurídicos), nulos, ou anuláveis. E proibido contar juros de juros (Decreto nº 22.636, de 7 de abril de 1933, art. 4ª, 1ª parte), ou estipulá-los acima do dobro dos juros legais, que são os de seis por cento (art. 1ª); tratando-se de operação a prazo supenor a seis meses, se os juros forem pagos por antecipação, o cálculo deve ser feito de modo que a importância dos juros não exceda a que produziria a importância líquida da operação, no prazo convencionado, às taxas máximas que a lei permite (art. 6º).

O propósito de política jurídica é, aí, a defesa de contraentes que se têm como menos resistentes ou mais fracos, econômica e socialmente. Sobreveio, porém, com a crise provocada pelo capitalismo e a burocracia improdutiva, a crescente criação de novos limites ao auto-regramento da vontade. O contrato de locação de serviços bifurcou-se em *contrato de locação de serviços e contrato de trabalho.* Em alguns países, o estreitamento do autoregramento da vontade foi mais acentuado do que noutros: o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu (diz-se) a produção, a distribuição *e* o consumo; tabelou preços e salários; regulou o contrato de trabalho até os últimos pormenores. Mais profundamente o fez quando, em vez de em regras legais, se permitiu fazê-lo em provimentos *e* atos de administração, mais ou menos arbitrariamente.

3. *Entrada no mundo jurídico e invalidade.* Em princípio, quando se promete ato, que não pertence ao terreno jurídico, mas, *tão-só,* ao moral, ao religioso, ou ao social, da promessa não resulta vinculo jurídico: o fato não se faz *fato jurídico.* Não *há* ato jurídico se alguém promete naturalizar-se em outro Estado, ou divorciar-se, ou separar-se judicialmente, ou adotar a outrem, ou sair do território nacional, ou não sair dele, ou não trabalhar em certa profissão, ou para alguém, ou pular de ponte altíssima, ou de andar do prédio etc.

Mas, se houve a intenção de *juridicamente* vincular-se, ato jurídico *há,* posto que *nulo* (art. 145: "É nulo o ato jurídico: II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto"). **É** nula a promessa de votar em alguém, ou de não votar; de não denunciar delito público (mas vale a de não dar queixa de ação privada); de não testemunhar, seja de ação pública ou privada o delito. As promessas de transferir direitos de personalidade, que são intransmissíveis, essas não entram no mundo jurídico.

4. Direito cogente e direito dispositivo. O direito cogente, que é o que *limita* o auto-regramento da vontade, opera *impositiva* ou *proibitivamente;* de maneira que as pessoas têm de fazer ou de não fazer (no sentido mais largo); *o* que elide qualquer escolha, ainda quando a regra jurídica cogente contenha a alternativa de fazer isso ou aquilo; ou de não fazer isso, ou de não fazer aquilo; *ou* de fazer isso (ou aquilo), ou de não fazer aquilo (ou isso); ou vice-versa. Quando a regra jurídica é supletiva, isto é, estabelece que se entenda disposto *a (ius dispositivum)* se não foi disposto *não-a,* não se limita o auto-

regramento da vontade: tais regras jurídicas, ditas *regras dispositivos,* deixam incólume *o* auto-regramento da vontade. A forma de tais regras é: "Se não foi dito não *a,* entende-se *a* , ou "Se nada se disse quanto a *a,* entende-se *a* Porém a cada momento tem o jurista, diante de regras jurídicas, que podem ser cogentes ou dispositivas, de levantar *e* de responder à questão. Para isso, tem de examiná-las em sua função e em seu alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes outras que como tais foram apontadas, o argumento *a contrario.* As vezes, a regra jurídica, em lugar de aludir a manifestação de vontade. alude à possibilidade de se excluirem efeitos; ou de algum ou alguns serem incluídos; ou a serem tais *e* tais, se não se dispôs diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usou de expressões que mais serviriam ao direito cogente. ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo.

Quando se interpreta negra jurídica dispositiva, não se deve descer à averiguação de se o legislador a preferiu por ser *o* que mais ocorria manifestar-se na prática, ou na jurisprudência, ou por já ser regra jurídica costumeira; estar-se-ia a caminhar no plano político já ultrapassado *desde* a promulgação da regra jurídica.

Quando a lei diz que, em determinado negócio jurídico, se há de observar o *costume,* esse é regra jurídica, cogente, dispositiva, ou interpretativa, conforme a natureza de cada uma. Se a lei se refere a "usos" (prática da vida), não nos torna regras jurídicas: ai, o „uso local". ou o "uso ria praça", ou outro, é expressão de vontade (cf. Código de Processo Civil, arts. 337, direito consuetudinário, e Código de Processo Civil de 1939, arts. 259-262; nossos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939. II, 166-170. 268-272).

5.Regras jurídicas interpretativas e negócio jurídico. Também as regras interpretativas em nada limitam o auto-regramento da vontade. Supõem-no. A vontade lá está; mas foi expressa de tal maneira *que* dá ensejo a duas ou mais interpretações. O legislador poderia ter deixado, inteiramente, a cargo do intérprete preferir uma delas, e o juiz estaria obrigado a isso (Código de Processo Civil, art. 126; sob o Código de Processo Civil de 1939, art. 113, v. nossos *Comentários,* 1. 408 s.). Entendeu, porém, que dados *de* técnica legislativa há que aconselham a seguir-se uma delas. *pois que há dúvida.* O legislador, no plano político, preferiu; o juiz e os demais intérpretes apenas, no plano jurídico, *vêem* a incidência da regra interpretativa e a aplicam. De

ordinário, a interpretatividade revela-se pelas expressões "... havendo dúvida" em caso de dúvida" e outras semelhantes. Há regras jurídicas que nada dizem a respeito do estado de dúvida; e até as que se redigiram como se fossem dispositivas. Têm de ser levados em conta *o* sentido e o alcance da regra jurídica, para que se saiba se foi concebida como regra interpretativa, ou se o não foi.

A interpretatividade de regra jurídica pode ser para manifestações de vontade de qualquer pessoa, inclusive os que aceitam; *e* contam com *o* conteúdo delas quem manifesta a vontade e quem, em casos de rccepticiedade, há de entender o que outrem manifestou. Nunca se há de ter como pertinente ao caso a regra jurídica interpretativa, se *alguma* interpretação diferente dela é preferida, ou se. havendo dúvida entre duas outras ou mais, há a convicção de que a interpretação, que na lei foi escolhida, de modo nenhum se ajustaria à vontade do que se expressou duvidosamente. Se, porém, não há essa convicção, não é de admitir se que a interpretação, que seria a legal, se ponha em discussão. desde que não há a convicção de que não cabe e outra não se põe á frente.

A regra jurídica dispositiva é para a *falta de* vontade; a regra jurídica interpretativa, para a *dúvida* sobre a vontade que lá está. A regra jurídica dispositiva incide, porque não houve a vontade; a regra juridica interpretativa só se concebeu para casos em que houve vontade A uma e a outra afastam as provas de que houve a vontade *a;* à primeira, as provas de que houve vontade (E. Zitelmann, *Alígemeiner TeU,* 91), ainda se há dúvida sobre ter sido *a ou a*". Tais provas, salvo em se tratando de negócios jurídicos formais *(e.g.,* testamento, título cambiário, título ao portador), podem constar, ou não, do instrumento em *que se* lançou a manifestação de vontade. A dúvida entre a interpretação da vontade que se prefere na regra interpretativa, e outra interpretação da vontade resolve-se pelos métodos de interpretação dos atos jurídicos, porque vontade houve.

6. *Regras jurídicas substituintes.* As regras jurídicas substituintes (umdeutende Rechtssátze) mudam o sentido das declarações de vontade; substituem-lhes o conteúdo. No plano de política jurídica, o legislador preferiu dar outro conteúdo à declaração de vontade, para salvar de nulidade, de anulabilidade, de rescindibilidade, ou de ineficácia o negócio jurídico. A disposição testamentária a favor dos pobres seria nula (art. 1.667, II e III), se não houvesse a regra

substituinte do art. 1.669, *verbis* “dos estabelecimentos aí sitos”.

§ 257. Tipos de negócios jurídicos

1. *Tipos e criação de tipos.* Os negócios jurídicos entram em certas classes, mais ou menos rígidas, que são os *tipos* de negócios jurídicos. *Se* a prática — a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas — cria *tipos* novos, esses *tipos* novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base deles estão regras jurídicas novas, que enriqueceram o direito objetivo. Se a prática — a vida, em suas combinações mais ou menos adequadas aos interesses de alguém, de algum momento, ou de algum comércio

— apanha, aqui, o elemento de um tipo e, ali, o de outro, ou outros, criando *espécies* novas, nenhuma regra jurídica exsurge: o direito permanece tal qual *ele* é; apenas, em vez de se adotar um só tipo, se lança mão de dois ou mais, em uniões, ou em mistura. assumir deveres *e* obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e *princípio da autonomia da vontade,* o de escolha, a líbito, das cláusulas contratuais. No fundo, os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não. O direito longe está (e sempre longe esteve) de adotar esses princípios como absolutos: sofrem eles, e sempre sofreram, *limitações* . A própria existência de *tipos* de negócios jurídicos limita-os. Limita-os, também, a natureza cogente *(jus cogens)* de certas regras. Quanto aos tipos, se bem que, em geral, se pense poderem ser criados tipos novos, sem se criarem novas regras jurídicas, a verdade está com A. Manigk *(Das Anwendungsgebiet der VorschriJten Júr die Rechtsgeschàfte,* 82, nota 2): só se constituem novas espécies, e não *tipos.* Acrescentemos: salvo se há lei-costume, que os crie. (Mais uma vez aparece a distinção entre costume-regra jurídica e costume-série de negócios jurídicos. As vezes, na vida, aparecem figuras contratuais, que formam tipos, mas estranhos aos da lei e dos costumes. Esses tipos são apenas *negociais, e* somente se podem levar em conta para se receberem como disposições onde, se eles não existissem, caberiam regras dispositivas das leis. Quer dizer: no que não entram na tipicidade legal, somente se alojam no espaço deixado à autonomia da vontade.)

2. *Princípio da liberdade de negócio jurídico.* Chama-se *princípio da*

liberdade de contratar o de se poderem, livremente,

Capitulo XII

Elementos do Suporte Fático do Negócio Jurídico

§ 258. Negócio jurídico e suporte fático

1. *Elementos volitivos e elementos não-volitivos;* essentialia negotii, naturalia negotil, accidentalia negotii.

No suporte fático do negócio jurídico, há elementos volitivos e elementos não-volitivos. Os elementos volitivos, sem os quais seria insuficiente o suporte fático, são os *essentialia negotii.* Na venda e compra, por exemplo, os dois acordos sobre a coisa e o preço; na troca, os dois acordos sobre a coisa a prestar-se e a coisa a contraprestar-se; na instituição de herdeiro, a vontade do testador quanto a receber o beneficiado todo ou parte de todo o patrimônio. Na L. 11, § 1, *in une,* D., *de actionibus empti venditi,* 19, 1, lê-se: "si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate" (se nada se convencionou, então se prestará o que se contém *naturalmente* no poder do juízo respectivo *que* se contém na natureza do negócio). Daí foi que proveio a expressão *naturalio negotii,* mais abrangente do que *essentialia negotii,* expressão também estranha aos textos. A distinção é entre *essentialia* e *occidentalia negotii.* Os *naturalia negotii* não concernem à classe que triparta os elementos volitivos do suporte fático. No conceito, só se alude aos efeitos *não queridos,* ou *superfluamente queridos,* e não a elementos do suporte fático. Enquanto a dicotomia *(essentialia, accidentalia)* exaure o que integra, como necessário, e o *que* vem a mais do que é o essencial (= necessário), a expressão *natura lia negotii* é pertinente ao plano da eficácia.

Sem os *essentialia negotii,* o negócio não seria jurídico (= não entraria no mundo jurídico), ou seria outro negócio junídico que aquele, a respeito do qual se procedeu à discriminação do essencial e do acidental. Sem *os naturalia negotii,* as conseqüências somente podem ser as que foram queridas; e os *accidentalia negotii* precisariam ter ocorrido, razão por que quem os alega tem de prová-los.

Assim, elementos volitivos do suporte fático são apenas os *essentialia* e os *accidentalia negotii.* A classe dos chamados *noturalia negotii* já é noutro plano, que é *o* plano da eficácia (querida; ou não-querida ou superfluamente querida).

2. Accidentalia negotii. *Accidentalia negotii* são a parte (= elementos) volitiva do suporte fático que não está prevista na regra jurídica e, pois, poderia, ou não, ser manifestada. O que não é *essentialia negotii* é *accidentalia negotii;* os *naturalia neqotii* são, às vezes, duplicação daqueles: o manifestante da vontade toma por *accidentale* o que é *essentiale;* donde continuar de dizer-se *naturale.*

Todos *os accidentalia negotii* são franjas ao tipo legal: não o deixam tal como se concebeu no texto legal; põem-lhe algo *ao lado,* ou *em continuação,* ou *em lugar de regras jurídicas dispositivas.* O que aos *accidentalia negotii* é vedado é irem contra regras jurídicas cogentes impositivas ou proibitivas. Onde se põe, ou se proibe, a vontade manifestada iria contra a lei; indo contra a lei, sujeita à sanção legal o negócio jurídico. O campo adequado dos *accidentalia neqotii* é *o* do auto-regramento da vontade (onde só há regra jurídica dispositiva + onde não há regra jurídica).

3. Naturalia negotii. Quando se põe no suporte fático do negócio jurídico, que se quer, exatamente aquilo que a lei estatui, cogente *ou* dispositivamente *(ex lege),* chama-se a tal duplo *naturale negotii.* Os *naturalia neqotii* somente podem ter os efeitos que a incidência da lei teria e tem: são superíluidades, explicitações, que nem sempre são escusadas, pela possível variação da doutrina *ou* da jurisprudência quanto ao texto legal duplicado pelo *natu rale negotii.*

Se o adquirente disse que se reserva *o* "direito" de redibição, ou *de* diminuição do preço, em caso de vícios, são de atender-se os arts. 1.101-1.106; se disse que o alienante respondia pela evicção, os arts. 1.107-1.117 é que incidem; se o adquirente de coisa futura assumiu o risco de não vir a existir, a cláusula que dê ao alienante o direito a todo o preço é *naturale negotii.*

§ 259. As conseqüências da inserção do elemento acidental

contra direito cogente

1. *Sanção jurídica.* A reação do direito aos *accidentalia negotii* que estabelecem, ou não, o que o direito cogente veda ou exige, varia de intensidade e extensão conforme critérios de política jurídica a que as regras jurídicas atenderam: *a)* Às vezes, o direito cogente repele *o* negócio, devido ao elemento acidental, de modo que o suporte fático não entra, a despeito de estar completo, no mundo jurídico (= a regra junidica que sobre ele incidiria, fazendo-o negócio jurídico, deixa, devido ao *accidentale,* como que escorregando, de incidir sobre ele). A função dos *accidentalia negotii* é, então, extremamente corrosiva; e *anterior* à entrada no mundo jurídico essa extrema corrosividade. *b)* Não raro, o *accidentale* não tem a intensidade de corrosividade, que destrua o suporte fático suficiente, a ponto de lhe vedar a entrada no mundo jurídico: a regra juridica incide sobre o suporte fático "corroído" e o negócio jurídico, que resulta da incidência, nasce *nulo. c)* As mais das vezes, só o elemento acidental proibido é repelido, de modo que se tem por não-manifestado (= não dito, ou não-escrito, ou de outra maneira exteriorizado) o que acidentalmente se juntou ao suporte fático: a regra jurídica própria do negócio apanha todo o suporte fático *menos* isso. Não raro precisa-se de outra regra jurídica, puramente declarativa, *que* diga: "Considera-se não-escrita a declaração de vontade que , ou, "Tem-se por nenhum o que a respeito se estipular . As regras jurídicas que estatuem máximo ou mínimo ou são regras jurídicas do tipo *c)* ou do tipo *d).* As espécies *d)* são aquelas em que se verifica o princípio excepcional de não-contagiação (art. 153); assim não se confundem com as espécies c).

em que não se pode pensar em contágio *ou* não-contágio: seria absurdo contágio do nada ao ser. *d)* Nos casos em que o elemento acidental proibido não impede *que* o suporte fático, *com ele,* entre no mundo jurídico, dá-se a nulidade, ou anulabilidade, ou rescindibilidade somente do acidental. Todo *o* suporte fático penetrou (= sobre todo o suporte fático incidiu a regra jurídica); mas algo de corroido veio com ele: o negócio junidico vale; o que não vale é „parte" dele. Por exemplo "É nula a cláusula que autoriza o credor pignoraticio, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia. se a dívida não for paga no vencimento" (art. 765). Também é nula a cláusula-ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou outra, que tenda a restringir ou recusar, nos seus efeitos, o curso forçado do real. O excedente dos juros permitidos (dobro dos juros legais, Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, art. 1ª) é não-cláusula, não existe, pode ser punido. se bem que outros sistemas jurídicos tenham por nulo, *e)* Pode dar-se que o elemento acidental não permita que *o* negócio jurídico seja válido, sob a regra junidica A,

mas o seja sob a regra jurídica 8. Dá-se a *conversão,* assunto de que falaremos a propósito de nulidades.

2. *Interpretação do negócio jurídico a favor dele.* Se o elemento acidental não permitiria que a regra jurídica A incidisse, a despeito de ter sido essa a em que pensaram os manifestantes, ou o manifestante da vontade, e não seria de incidir outra regra jurídica B, então é o elemento acidental que se há de ter como outro que seja compatível com *o* negócio jurídico que resultaria da incidência da regra jurídica A. O testador dispôs da herança a favor de B e gravou-a de hipoteca a favor dos herdeiros de B: entende-se que há cláusula de inalienabilidade por vida de B. Por vezes, apenas se erra no nome: o penhor em *que se* exclui o direito de excussão é mero direito pessoal de retenção (assim, O. von Gierke, *Deu tsches Privatrecht,* II, nota 70 ao §

170; Th. Kipp, nota 8 a 8. Windscheid, *Lehrbuch, 9ª ed.,* 1, 1.186; contra, G. Planclç, *Kommentar,* 111, *3,* 1.201, que ai faz atender-se, exclusivamente, ao nome do negócio jurídico, sacrificando-se o que o manifestante da vontade quis eliminar sem ser permitido em tal negócio); todavia a opinião de Otto Gierke e de Th. Kipp falha onde é duvidoso se o declarante eliminou o direito de excussão: então, cumpre seguir-se a G. Planck, solução que coincide com a do direito romano (L. 4, D., *de pigneratitia actione vel contra,* 13, 7).

A solução de Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 623), que seria a da incidência do art. 153, *ex argumento* (principio da contagiação), tendo-se por nulo *o* contrato todo, é de afastar-se; o fundamento da excussão não tem tal monta, no direito brasileiro, que apenas permite criar-se o direito de venda amigável (art. 774, III); nem no alemão, que, se é certo ter feito regra cogente *o* § 1.228, relativo ao direito de venda particular, nem por isso estabeleceu a contagiação da nulidade a todo o negócio jurídico. Para A. von Tuhr *(Der Allqemeine Teil,* II, 197), a "transferência da propriedade", em que se acordou que se devolveria a coisa e se negou ao

"adquirente" dela dispor, pode ser interpretada como simples transferência da posse. Assim é, se não se infninge, com isso, *in casu,* a vedação de reserva de domínio (cf., a propósito, o que se estatuiu no Decreto-Lei nº 1.027, de 2 de janeiro de 1939, art. 1ª). Quanto à cláusula de exclusão da responsabilidade por dolo, tem-se discutido se ela vicia o negócio jurídico, ou se importa não-vinculação, ou se é nulo apenas o *pactum de dolo non proestando.* Pôs A. von Tuhr *(Der*

Aligemeine Teu, II, 197), como a solução mais freqúente, a de se não haver criado relação jurídica, isto é, tal o que se deveria entender, na maioria dos casos. Sem razão. dá *os Motive* (li, 31) punham a alternativa entre ser nulo todo o negócio jurídico, e ser nula apenas a cláusula ou *pactum ne dolus proestetur;* e faziam-no dependente do que quiseram os manifestantes da vontade. Mais preciso, G. Planck *(Kommentar,* 1, 49) aludiu ao § 139 (princípio da contagiação, primeiro; princípio da não-contagiação, depois): o negócio jurídico todo é atingido, se não é de estabelecer-se que, sem o *pactum de dolo non praestando,* também se teria querido o resto. Ainda assim, não é de se excluir, em casos excepcionais, a solução da não-vinculação (aliás, A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* II, 197, que aí empregou "oft", "frequentemente", antes, 171, nota 159, pôs "bisweilen", às vezes, — o que tornou, se não equívoco, ambiguo o seu pensamento). Temos, portanto, em termos claros: primeiro vem o principio geral da contagiação *(todo* o negócio jurídico é nulo); depois, se a parte correspondente ao *pactum ne dolus proestetur* é separável (= se é de estabelecer-se que se quis o negócio jurídico ainda sem o *pactum),* o princípio de não-contagiação (art. 153); se o que quis o destinatário da promessa foi deixar livre ao promitente cumprir ou não cumprir, tem-se de pensar na não-vinculação (= todo o suporte fático não entrou no mundo jurídico), e é isso o que se há de entender sempre que o devedor repele toda responsabilidade, ou o credor a afasta, por si mesmo.

§ 260. Vontade-cerne e motivos do negócio jurídico

1. *Essencialização do acidental.* Algumas vezes tem o intérprete de apurar se algum elemento acidental passou a ter tal importância que, sem ele, não teria o manifestante da vontade querido o negócio jurídico.

Naturalmente, não se leva em conta a relevância em *reserva mental.* Se o *accidentale* é de tal monta, subjetiva-mente, para o que manifesta a vontade, que, sem ele, se há de entender que não *teria querido o* negócio jurídico, a nulidade da "parte", que lhe corresponde, apanha todo o negócio jurídico (art. 153).

A vontade-cerne, de que acima se fala, não importa em tornar essencial o acidental. A distinção entre *essentialia negotii* e *accidentalia negotii* é objetiva, no sentido de diferença entre o que a lei faz cogente

ou dispositivo e o que a lei deixa à vontade dos manifestantes de vontade, de jeito que não há vontade se não foi manifestada. O determinar o que é vontade principal ou vontade anexa cabe aos manifestantes delas, na arrumação dos elementos do suporte fático do negócio jurídico. O *modus* pode ser principalizado; na venda e compra, pode haver a cláusula de reserva de servidão, o *pactum de retroemendo, o de retrovendendo, o de non praestanda evictione* (E. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 602). A condição é sempre cerne, posto que *accidentale negotii.*

2. *Motivos do negócio jurídico.* O que rege a formação dos elementos volitivos do negócio jurídico é o *princípio da vontade manifestada.* Não se desce ao campo de elaboração psíquica, em que os *motivos* põem em direção social, através das suas manifestações, a vontade, inclusive a manifestação negativa (inação; aqui, silêncio = não-manifestação de vontade). A mesma vontade, no que se manifesta, pode ter tido diferentes motivos, e terem sido *e* serem quaisquer deles irrelevantes para o negócio jurídico. Pode ter tido, também, um só motivo, irrelevante, como qualquer outro. Não importa se A comprou a casa a B, para lhe proporcionar meios com que pague a divida a D. ou porque precisava de casa, ou da casa para morar, ou porque, no momento, devido à urgência de numerário, B baixou o preço. Também não se interessa o direito em saber se A votou no nome de B para deputado, ou para diretor da empresa X, ou por ter B as mesmas convicções políticas, ou de administração, que ele, *ou* por serem parentes, ou por serem amigos, ou para assistir ao fracasso funcional do eleito. O *principio geral da irrelevância dos motivos* domina todo o direito.

Toda vontade é resultado de algo que se passa dentro do homem; mas os sistemas jurídicos abstêm-se de descer ao determinismo interno. Salvo onde excepcionalmente tem utilidade social, segundo a *lex lata,* a investigação dos motivos, para se saber se foram conforme o que veio até cá fora. Quanto aos negócios jurídicos, a regra é não serem relevantes os motivos. Não importa se A doa, porque é grato, ou porque tenha compaixão, ou para efeitos no público, ou em certo circulo de pessoas, ou para adquirir posteriores proventos ou negócios. Quanto ao próprio erro, a técnica jurídica presta toda atenção a que se não traga à tona toda a camada subjacente de motivos.

3. *Motivo relevante e* accidentalia negotii. Todavia, quem manifesta a vontade, principalmente quem a declara, pode, no que concerne aos *accidentalia negotii,* fazer emergir, como relevante, o motivo. Sublinha-

o, no texto da expressão de vontade; manifesta-o, tornando-o elemento volitivo do suporte fático. O motivo pode ser atinente a fato futuro e fazer-se *condição* do negócio jurídico. Não se trata da incerteza subjetiva, porque, nessa, o fato se *supõe;* trata-se da incerteza objetiva, em que o fato ainda não se deu, ou talvez não se dê. A *condicio* independe do que a respeito do fato por dar-se pensam os interessados; a *pressuposição (Yorausseizung). condicio in praesens vel in practeritum relata,* é o que pensam. a respeito do presente, ou do passado, os interessados pressuponientes. O papel da incerteza, no direito. seja subjetiva seja objetiva, quanto à relevância do motivo (= à sua transformação em *accidentalia negotii),* é enorme; e não depende de ser explícita a declaração de vontade. Tanto a condição quanto a pressuposição podem revelar-se nas circunstâncias do negócio jurídico. Aqui, intervém *princípio da incerteza:* o negócio jurídico somente pode ser atingido. em sua eficácia, pelo alteamento dos motivos à categoria de elementos volitivos acidentais, se era incerto ter sido, ou ser (pressuposição) o fato passado, ou presente, ou se era incerto que se daria o fato futuro (condição). Se bem que seja mais fácil haver incerteza sobre *o* futuro, ocorre por vezes que a previsibilidade exclui a incerteza e torna impossível a condicionalidade da eficácia. A doação do prédio â noiva do filho do doador, para a instalação do futuro lar, é condicional, ainda que não esteja explícita a condição (art. 1.173). A doação, nas circunstâncias anteriores, na suposição de se ter realizado o casamento, é atingida pelo motivo tornado elemento acidental do negócio jurídico; e pode ser não explícita a pressuposição. Porém é difícil multiplicarem-se os exemplos, por ser mais rara a dúvida sobre o passado. *ou* sobre o presente, do que a dúvida sobre o futuro. De ordinário, o motivo continua simples motivo, se m adquirir relevância: se A comprou as mercadorias pelo preço x, crendo que era barato, o seu erro não permite que se pense em pressuposição relevante: o que ele pressupôs permaneceu fora do suporte fático.

4. Relevância do motivo e *prova. Se o* motivo se elevou a elemento acidental, ou se não se elevou, permanecendo fora do suporte fático, é questão de interpretação da manifestação da vontade: ou se manifestou ou se declarou expressamente; ou tem de ser revelado, pelos meios interpretativos, o *que se* quis.

Quem alega condição. ou pressuposição, tem de prová-la. Se, embora relevantíssimo, de fato, o motivo, não se tornou, em manifestação de vontade, relevante, não há condição, nem pressuposição.

Também não é relevante o motivo que, nos negócios jurídicos bilaterais. um conhece, sem lhe dar relevância. O preço do quadro de formatura de estudantes que eles encomendaram para o ano de 1955 é devido ao fotógrafo, ainda que os exames últimos e a colação de grau só se realizem em 1956.

§ 261. Circunstâncias náo-prevístas

1. *Lei e referência a circunstâncias não-previstas.* A lei permite, algumas vezes, que se dê relevância legal a circunstâncias não-previstas. Nada há de extraordinário em que possa ser *revogada* a oferta de contrato se

"as circunstâncias do caso" (art. 1.080) mostram que o oferente não sabia *que* o destinatário ia ser preso como culpado de desfalque, de que é exemplo, também, a promessa de empréstimo ao que. no intervalo, pediu concordata; ou em que se peça a *resolução,* na espécie do art. 1.092, parágrafo único, ou a *resilição* da locação, ou se faça a *denúncia,* se a lei considera grave alguma circunstancia.

2. *Relevância da mudança das circunstâncias.* O direito comum subentendia a cláusula *rebus sic stantibus;* donde o princípio geral de ser implícita a relevância da mudança das circunstâncias, se um dos contraentes ou os contraentes não teriam contratado se tais fossem elas ao tempo em que negociaram. E fácil de atinar-se com as razões da repulsa a isso, por parte dos juristas, a favor da segurança dos negócios e da estabilidade dos programas de vida. Quem contrata pesa o que, no passado, no presente e no futuro, tem importância (motivos) para contratar: circunstâncias de fato, pessoais ou não, talvez nacionais, talvez continentais, ou mundiais; circunstâncias econômicas (querer empregar, antes de partir, algum dinheiro; precisar de habitação no mesmo mês da terminação de locação improrrogável), jurídicas, políticas, morais. ou de outra natureza. Bons negócios de hoje podem tornar-se, no futuro, maus negócios; e vice-versa. Ninguém contrata pensando que as circunstâncias permanecerão nigorosamente as mesmas; posto que haja, também, mudanças totalmente improváveis, que, *de* repente, ou de vagar, se operam. Falar-se *de erro,* a respeito de circunstâncias imprevisíveis, já é forçar o conceito de erro. Quem contrata deve acarretar com as consequências das mudanças desfavoráveis das circunstâncias, como se aproveitaria das mudanças favoráveis. Se esses motivos (que podem

não ter sido, sequer, admitidos como possíveis pelos interessados, se alguém os tivesse advertido) não entraram, como elemento acidental, no suporte fático do negócio jurídico não têm de ser atendidos. Estão fora do conteúdo do negócio jurídico. Para que nele estivessem, teria sido necessário terem-se encaixado, como elementos volitivos, *no* suporte fático do negócio jurídico: então, a cláusula *rebus sic stantibus.* explícita, com a caracterização das circunstâncias ou estado de coisas, engendraria *condição,* ou *direito de resolução,* ou de *resilição, ou* de *denúncia,* ou outro semelhante.

Quando a lei, em certas espécies, atribui relevância ao fim do negócio juridico, às circunstâncias que foram, na motivação, decisivas para que se concluísse, ou ao que se pensava sobre a estabilidade das circunstâncias a esse tempo, não é de pensar-se em "motivo" da vontade que o manifestante dessa transformou em *accidentalia negotii.* Não há cláusula *rebus sic stantibus,* nem *condição,* quando a regra jurídica do art. 1.092, parágrafo único, estatui a propósito de contratos bilaterais: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão (aliás resolução ou resilição) do contrato com perdas e danos." Ai está regra jurídica sobre eficácia, que apanha quaisquer negócios bilaterais. Não houve qualquer transformação de motivo em elemento acidental, nem, sequer, elemento volitivo. Foi a lei que o estabeleceu.

Passa-se o mesmo com as resilições, denúncias, ou figuras semelhantes. Ao tempo do contrato, o suporte fático já produziria. *naturaliter,* esses efeitos. (E estranhável que li. Enneccerus e H. Lehmann, *Lehrbuch,* II, 141, hajam misturado tais espécies de mudança atuante das circunstãncias com a redibição por vicio, *que* destrói ou diminui o valor da coisa alienada). O direito contemporâneo não recebeu a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* como cláusula implicita nos negócios jurídicos: a jurisprudência mesma já a havia repelido, a despeito de legislações em que influira. Os maiores defensores, que lhe restaram, no século XX, foram li. Stahl *(Die sogenannte* clausula rebus sic stantibus *im BGB. passim),* na Alemanha, e outros, juristas menores, noutros países, esparsamente, por imitação e sem aprofundamento do assunto.

3. *Efeito resolutivo por mudança das circunstâncias.* Preliminarmente, advirta-se em que repelir a teoria do direito comum sobre a cláusula *rebus sic stantibus* não importa em se negar que existam regras jurídicas que, para determinados suportes fáticos, dêem o efeito

resolutivo a mudanças de circunstâncias, nem se exclui qualquer interpretação analógica, dentro da classe da espécie, a que, explicitamente, se refere. O que se repele é a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* como principio da Parte Geral, ou da Teoria Geral do Direito das Obrigações, ou de outro ramo, ou dos contratos, ou dos contratos unilaterais ou bilaterais etc.; não, em suma, qualquer *analogia iuris.* As "justas causas" dos arts. 1.226 e 1.229 podem ser invocadas a propósito de contratos em que também se exija cooperação dos interessados, compreensão e confiança recíprocas, durante longo tempo *(e.q.,* quanto a contrato de edição de obras futuras, ou de representação de futuras peças dramáticas). Quando a jurisprudência, a propósito de contratos que têm finalidade longínqua no futuro, permite a resolução *(e.g.,* contrato de seguros), pelo risco que, com a mudança das circunstâncias, corre o beneficiado pelo fim, apenas interpreta *o* contrato, *no caso concreto,* e se revela condição tácita, no sentido técnico (elemento volitivo que se inseriu, silentemente, como acidental, apesar de ser, de ordinário, motivo).

4. Assoberbamento de circunstâncias novas e imprevistas. Durante *e* após as guerras, ou outras calamidades, com o assoberbamento das circunstâncias novas e imprevistas, — a profundidade das alterações, econômicas, políticas e morais, mostra que algumas soluções do direito, que foram pensadas para os tempos de paz. se tornaram *injustas,* no plano da técnica legislativa. A eqüidade impõe-se; *e* o legislador tem de atender *ao momento que passa, ele, que,* no seu cuidado de organizar a vida, é o instrumento mesmo de maior estabilização social, transformando o inestável dos projetos de lei em textos estáveis.

Desgraçadamente. aqueles que fazem as leis emergenciais raramente se prepararam para as elaborar, nos tempos normais propícios à pesquisa e á reflexão. Dai as múltiplas tentativas de subsumpção conceptual.

Como se tentou resolver, *de lege lata,* nos tempos sem texto especial, a questão? *a)* O primeiro pensamento havia de ser o de se inserir na teoria da impossibilidade da prestação (arts. 879, 882 e 957) o imprevisível. A impossibilidade econômica, subjetiva, far-se-ia, pela generalidade, impossibilidade material, objetiva. Ora se levava em conta que as circunstâncias imprevistas passariam e, pois, o impossível de hoje cessaria, volvendo o devedor a ter de solver como prometera; ora se abstraia do futuro e só se via o presente, inçado de dificuldades,

— bem estranho critério que atenderia ao não-previsto impossível e deixaria de prever o previsível.

b) Partindo-se da necessidade de balancear e equilibrar interesses, pensou-se em exceção *fundada no interesse contraposto* (P. Krúckmann, *Clausula rebus sic stantibus,* Kriegsklausel, Streikklausel, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 116, 445 sã: o devedor invocaria, diante das dificuldades insuperáveis ou excessivas, o princípio da boa-fé nos negócios jurídicos, e a eficácia do negócio jurídico estaria encobnível, assim, pela exceção.

c) Terceira solução foi a da solução legislativa (interventiva) de *revalorização:* o devedor continuaria obrigado a prestar, mas teria direito a exigir a elevação da contraprestação, nascendo-lhe, se o outro contraente se negava a isso, o direito á resolução, ou á resilição. São meros pormenores os do processo de revalorização: tabelado, ou por avaliação pericial, ou por arbítrio judicial. A solução inspirava-se em restabelecimento da igualdade das prestações, *que* levou, depois, á volta do pensamento de alguns juristas à resolução ou à resilição por mudança das circunstâncias.

d) A solução de nascer, com a mudança de circunstâncias, direito de resolução ou resilição, reviveu, na jurisprudência, um tanto misturadamente, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus,* segundo o direito comum, e a teoria da pressuposição, conforme B. Windscheid. Para se chegar até ai, partiu-se de textos como o do art. *85 e* do principio de boa-fé nos contratos. Um dos raciocínios mais típicos foi o seguinte: se as circunstâncias mudaram profundamente, a prestação converteu-se noutra, que não mais éaquela em *que* os interessados pensavam; de modo que exigir-se o cumprimento do contrato seria contra o que fora a intenção das partes e contra a boa-fé (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, § 264 A, *II.* 3. nas edições anteriores á de H.

liehmann). Em França, também se disse *que,* tendo havido intenção comum, a cláusula lá está (J. Radouant, *Du Cas Jortuit e de Ia Force majeure,* 61). É supor obscuro o negócio jurídico, ou incompletamente expressa a vontade, quando se supõe que não se tenha considerado o futuro; de qualquer maneira, ousada sem-cerimônia com o *que* se perfez.

e) As soluções — não só a solução — que se extrairam da teoria do erro tiveram de dilatar o conceito desse.

Também se pensou em fundar o direito de resolução ou resilição por mudança de circunstâncias no desaparecimento do *fundamento* do negócio jurídico; isto é, em se ter deixado para trás a representação (Vorstellung) dos interessados ao tempo da conclusão do contrato. Até certo ponto, generalização da teoria do erro quanto ao *caput non controversum* da transação (cf. H. L.ehmann, *Alígemeiner Teil,* 3ª ed.. 255 5.; em L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 143).

5. *Critica* às *teorias. De* inicio, observemos que a conceituação do negócio jurídico. notadamente do contrato, como lei, que o juiz ou outra lei possa alterar, rever *e* fazer cessar, é um desses disparates que hoje somente conseguem. aqui *e* ali, quem os repita. por motivo de regressividade psíquica. No mais, todo o problema se confinou em se encontrar fundamento ao direito de resolução ou de resilição. naquelas espécies, se não, mais restritamente. naqueles casos, em que se impunha ao legislador ou se impunha ao intérprete, incluido o juiz. restaurar a grande diferença de sorte. Em verdade, porém, o fundamento do direito de resolução, ou de resilição, que seria o de toda resolução, ou resilição, não poderia bastar a fundamentar o critério para a medida do exigível, se resolução *ou* resilição não se dá: tem-se de aludir ao negócio, a alguma *deficiência* do suporte fático, para que surjam, de início, o direito á resolução e o critério para a medida do exigível. Daí a maior sorte da solução *f).* Todavia, a teoria do defeito no *fundamento ou base* do negócio jurídico não conseguiu fundamentar se, ela mesma, nem se delimitar, a ponto de se ter de considerar capitulo da Parte Geral, em toda a sua amplitude. Enquanto P. Oertmann *(Die Geschàftsgrundlage,* 37 s., 132 s., 148

s.) considerou base *o* que um dos contraentes, sem contradição do outro, tem como circunstância ou circunstâncias indispensáveis ao fim do negócio, no presente ou no futuro, E. Locher (Geschäftsgrundlage, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 121, 1 s.) abstraiu do que pensaram os contraentes e só atendeu ás circunstâncias, na sua significação ou importãncia objetiva, e H. Lehmann *(Alígemeiner Teu,* 3ª ed., 260 S.; *Lehrbuch,* II, 139 s.) procurou combinar os fatores objetivos e os subjetivos, pois o contraente tanto pode ter considerado o contrato como dependente da circunstância como ter de admiti-lo. Donde ser preciso 1) que *o* outro contraente tenha concedido a importãncia da circunstância, para a conclusão do contrato, 2) que tão ceda seja a dependência que se tenha prescindido de considerar condição a mudança da circunstância, e, 3) em caso de se tratar de mutabilidade normal (= insegurança da circunstância), o outro contraente haja

admitido a sensibilidade àmudança, ou tivesse tido de admiti-la, pelo fim mesmo do contrato. Vê-se bem *que se* não desfitam os olhos da finalidade do contrato, nem do complexo de circunstâncias do caso concreto. No fundo, porém. volta-se sempre, por invios caminhos, à tentativa de ressuscitar a teoria da pressuposição, mais ou menos segundo B. Windscheid.

§ 262. Causa

1. *Formalismo primitivo e causa.* Diz-se que só existe o conceito *de causae* porque no passado, por sugestões de segurança, se deu forma a cada ato jurídico *(formalismo primitivo).* Com isso atribui-se à forma a natureza de elemento histórico determinante, sem se atender a que ela mesma foi determinada. O *que* determinou as *causae foi* a própria natureza das atribuições, um dos elementos *que.* somado àquelas sugestões de segurança, determinaram as distinções das formas. Portanto, peca pelas premissas o raciocínio que trata as *causae* como sobrevivência do formalismo. Esse serviu, quando muito, *a)* a separar o que era causa, e se havia de levar em conta, e os motivos, que nenhuma relevância haviam de ter, e *b) à* abstração da própria causa, tal como se deu, nos tempos pré-medievais, com o direito cambiário.

A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe *e* precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato. No direito público, principalmente no direito administrativo, a causa especializa-se mais do que no direito privado. De certo modo, sintetiza os efeitos essenciais do ato jurídico, porque os prefigura, os esquematiza, os debuxa em traços gerais, típicos.

A causa refere-se à *atribuição.* Tantos tipos de atribuições, tantas as causas. Seria erro só se pensar em tipos de contratos (sinalagmáticos. reais e gratuitos; sinalagmáticos, de solução e gratuitos etc.); mais ainda, em espécies de contratos, qual pareceu a *C.* Bufnoir *(Propriátá et Contrat,* 533, a respeito da transação, como se o art. 1.036, correspondente aos arts. 2.056 e 2.057 do Código Civil francês,

revelasse teoria: trata-se *de lex specia lis, em* que a *lei* especial faz relevante o motivo). A causa só diz respeito á atribuição, e a atribuição é a mesma, na venda e compra. na troca, na locação *e* na transação. Quando a lei entende *que* algum motivo há de ser tratado como relevante, di-lo. Tal *o* que acontece, por exemplo, nos arts. 1.177 e 248, IV, e 1.036. A causa nunca é convencional; pensou-se ser legal: mas com isso se daria pouco caso à natureza das coisas a *causa credendi.* a *causa solvendi* e a *causa donandi* são tão cheias de jeto", de dado expeniencial, quanto os números uru, dois, três, a casa, o parque, a estrela (nosso *O Problema Fundamental do Conhecimento,* 181

s.). Pense-se no que é a atribuição, — no que é comum á operação de transferir, pessoal ou realmente, de um património a outro. Quando se fala de negócio jurídico causal. alude-se a esse substrato de que se pode, se a lei o permite. abstrair, ou de que se abstrai, se a lei o estatui. Elevar-se o motivo. relevante por lei ou pela convenção, à categoria de causa, e misturar-se ao que concerne à natureza das coisas o que só deriva da vontade humana. Ainda mais: confundir-se causa com o *fim.* que abrange causa e *motivo.* Há sempre causa na atribuição, se a lei não permitiu. ou nao estabeleceu, ela mesma, a abstração. O permitir. que estabelecer que se abstraia, de si mesmo põe em evidência que algo se retira que. na ordinariedade dos casos, estaria no suporte fático. O ato jurídico abstrato é ato de cujo suporte fático se expeliu a causa. Tudo isso é incompatível com as dilatações do conceito de causa, fundadas na argúição de que a noção de causa é, hoje, estéril, ou sobrevivência inútil de formalismo romano superado. Por outro lado, se atendemos ao que ficou dito, sabe-se porque é preciso que a lei *digo* que o ato juridico é abstrato, para que se entenda não ser causal.

A regra é a causalidade dos atos jurídicos.

2.

A chamada causa adjunta. Além da confusão, que se alastrara na doutrina e na jurisprudência de tantos paises, entre *causa* e *motivo,* houve a tentativa de se alargar o conceito de causa, para se nele incluir o de *motivo relevante.* Então, o motivo, que, nos contratos sinalagmáticos e. coerentemente, em contratos unilaterais. se a lei o permite (e.q., arts. 1.167 e 1.187, 1), se eleva àcategoria de elemento do suporte fático, seria causa, — causa adjunta", por ser estranha ao conteúdo formal do ato jurídico. Com isso, reduzir-se-ia a causa a algo de id quod *plerum que fit,* de fim comunicado, e admitir-se-ia, ao lado

dessa espécie, outra, que seria a causa *adjunta* ou *convencional* (e.g.. C. Bufnoin *Propriéié* et Contrat. 529 5.; H. Capitant, De *la Cause* des *obligations.* 3e cd., 211. 244 s. e 438 a). Mas assim se deturparia o conceito de causa, que é histórico-sistemático, e se apagaria a distinção entre motivos e causa. Ora, o que importa éjustamente não se deixar que o conceito de causa se degrade a ponto de confundir-se com o de motivo relevante, ainda aquele que se fez relevante por lei (e.g., ilicitude). A inerência, que écaracterística das causas, repele que se tomem os motivos, tornados relevantes, por verdadeiras causas. Certamente, pode-se pensar em conceito que abranja a causa e o motivo (fim, em algumas teonas; movei, *mobile,* cf. li. iosserand, Les *Mobiles dons les odes juridiques,* 10 s.); o valor de tais conceitos abrangentes depende do serviço que podem prestar na exposição do direito e na prática. O que de modo nenhum se justifica é dilatar-se o conceito de causa, como tentaram a jurisprudência e parte da doutrina francesa (C. Buínoir, Propriéié ei *Controt.* 529 5.; H. Capitant, *Dc lo Cause* des *obligations,* 21 s.: L. Dubreuíl, *Les Mobiles* dons les *contrats,* 46 s. e 52 s.). Seria pôr-se no lugar da causa, do móvel jurídico, que corresponde às atribuições, em seus tipos puros, o móvel psicológico, e li. Dubreuji confessa-o (129, 6-8, 112 s.); e perderia toda a homogeneidade. toda a consistência, o conceito de causa.

Se se remonta à Idade Média, ou ao século XII, para se estudar o conceito de causa, apresentam-se camadas históricas em que ressalta a ganga das indagações morais e teológicas, que concerniam aos motivos, campo propicio a exames de consciência. A eqúidade passa à frente do direito escrito: por vezes, a teologia e a moral patristica roem as regras jurídicas, ou as amolecem, ou as fazem demasiado ríspidas (por exemplo, aqui e ali a excepiio *doli* era substituida pela nulidade, ou pela anulabilidade por falta de causa). O

período irneriano pouco nos adiantaria conhecer, a despeito das sábias investigações que a respeito foram feitas. Já no século XIV as preocupações morais vão ao segundo plano, quando seria extemporâneo conceber a causa como recheio de toda forma e de cada forma, — ideal a que pareciam tender os canonistas.

Sob Irnério, o que se vê é, minando tudo, a *aequ lias,* de modo que, de iure *condendo,* tinha o legislador de ficar sob o seu guante (mais do que sob a sua inspiração. cf. Glosa de Irnério, segundo Odofredo. li. 6, D.. de *iusiitio ei iure.* 1, 1), e, de iure *condito,* a regra jurídica sobre forma tinha de ser temperada pela equidade (exemplo de reação a isso, Manuel de Almeida e Sousa. Coleção de Dissertações *em suplemento,* 156 s.). O

que importa saber-se é que, mesmo para os irnerianos. a causa era algo de objetivo, distinto do consentimento (Irnério. *um mc Codicis,* 2, 3. 6: “Causam autem dicimus dationem seu factum... maxime si ad agendum aliegetur” cf. excelente, Zeijlemaker, *Ouereenkornst en wilsovereensternrníng,* 204 s.). O

sistema irneriano fez da causa gerador de ação : e garantia da eficácia da pretensão, na estipulação. Ali.

concernia à existência; aqui, à eficácia. Para que a pacto, aformal. vinculasse, era preciso ter havido causa; para o ata jurídico formal, a falta de causa faziao ineficaz. Tampouco, poderia servir-nos o conceito de causa daqueles que levaram a eqúidade aos seus extremos, á interpretação mediante *cequitas bursalis.* à eqúldade que se tirava cio bolso (= da consciência individual).

3. *Causa e efeito da atribuição* . A causa importa, quando se tem de saber *qual* o ato jurídico de que é efeito a atribuição . Sabendo-se qual foi a causa, sabe-se qual foi a atribuição, e a tal tipo de atribuições correspondem regras juridicas comuns, — junto a regras juriclicas à parte, pcculiares ao tipo de ato juridico.

ou à espécie de ato juridico, e não concernentes à atribuição em si. Por exempio. a regra juridica do art. 134, II. relativa à transmissão de direitos reais sobre imóveis, não diz respeito à causa, mas à transmissão imobiliária em si.

No sistema juridico francês e nos que o imitaram, a teoria da causa é limite ao principio da autonomia da vontade. Além das espécies em que as leis lhe põem limites (regras jurídicas cogentes). há o que resulta dc exigir a 121, em geral, que se diga *por que* alguém assume o dever (cf. C. Bufncir, *Propriété et Contrct,* 809; R. Salcillcs, *De Ia Déclarction de k/o)onté,* 252; L. Josseranci, De *lAbus des droits,* 32; i. Ra, De *Ia* Notion *de Donction,* 88 s.).

Os livros franceses que expõem o art. 1.131 do Código Civil francês, sem o criticar, são perigosos para quem lhes busca elementos para a interpretação do direito brasileiro, ou de outro sistema juridico que não tenha sido cópia dc francês. Não no temos; nem fomos vitima do grave equivoco histórico que foi, para o direito francês, a art. 1.131. O que se chama *teoria da causa* não é a afirmação de que existe causa, ou de que existem negócios jurídicos causais, e sim que *se* teceu, com os

arts. 1.031, 1.108 e 1.133 do Código Civil francês, uma das mais absurdas teorias de que jamais o direito sofreu as conseqüências. Teoria que é estranha ao direito, "qul n‟cst pas juridique‟ dizia E. Laurent *(Principes,* 16, 151: "Si Ia cause se confond avcc L‟objet, Ia Ioi a tort de distingucr Ia cause et l‟objet, et d‟en faire une quatriêmc condition essentielie pour Ia validitê des conventions.. Ie contrat existe et est valable dês que les trois premiêres conditions exigêes par lart 108 existent: Ie conscntimcnt, Ia capacitê et I‟objct... Faut-iI encare une quatriême condition: Ia cause? Non, car ii y a cause, par cela même quil a promesse de vendre et promcsse d‟achetcr‟). Por outro lado, onde o Código Civil brasileiro entende que os motivos podem ser relevantes, o Código Clvi]

cxplicitamente o diz. Nos arts. 1.177, 178, § 7t VI. 248, IV, 1.036 e 1.187, 1, por exemplo.

§ 263. Espécies de causa

1. Causa credendi, causa constituendi. Se, coma equivalência do que se decresce ao seu patrimônio, o outorgante há de obter do outorgado direito, açáo, ou exceção, ou outro bem da vida, a causa diz-se causa *credendi.* No mútuo, A dá x a B e B fica a dever x (= A é credor de x). O conceito e o nome foram criticados por M. Rúmclin (Zur Lehre von den Schuldversprechen, *Archiv* fUr *die civi)istische Praxis,* 97, 221); e com razão: não só se constituem créditos; donde a causa ser *ccnstituendi* (cf. E. Stampe, *Das Causo-Problem,* 31), e não só *credendi* (A. von Tuh~ *Der Allgemeine TeU,* III, 69, propôs causa *adquirendi, o* que subjetiva). A *couso constituendi* surge SC: a) a A, que presta, ou promete prestar, B constitui direito, pretensão, ação ou excecão , ligados a contraprestação de B, ou de C (não há, necessariamente , desde logo, atribuição de A e a *causa coristituendi* ocorre, ainda que a solução seja *imediato* ou *simultânea* (venda e compra manual e doação verbal); *b)* a A, que atribuiu e a tem B de devolver o (mútuo, depósito irregular, atribuição fiduciaria , adiantamento ao mandatário, ou administrador de obras, porque, nas duas últimas espécies, o que adianta tem crédito à devolução quanto ao que não tenha sido gasto,

segundo o mandato, ou o contrato de administração de obras); o) se a A, que sofreu diminuição na sua esfera jurídica, tem B de embolsar do prejuízo (ci. A. von Tuhr, Actio *de ir rern verso,* 25 s.), como ocorre no crédito de regresso e no crédito por assunção de divida. Aliás, aqui, é preciso não se confundir o *animus* negotia *gerendi,* sempre que se administram, por investidura negocial, ou sem ela *(regotiorum* qestio), com o estado de enriquecimento, em que o que tem a obrigação de prestar não no tem por dever de regresso, e sim pelo fato de estar contra direito no seu patrimônio o que há de prestar (e.g., pensava que a terra ou a fábrica era sua).

2.

Causa solverdi. A causa solvendi supõe dever ou obrigação do próprio agente, ou de terceiro, que aquele adimpla. De regra, se o dever e a obrigação eram do terceiro, extinguem-se eles, mas passam ao que solve o direito e a pretensão que se extinguiram, ou lhe nasce o direito ao reembolso (arg. ao art. 931, onde se alude à sub-rogação, a *contrario* sensu). A *causa solveridi* é, logicamente, posterius; praticamente, pode só surgir após ela a obrigação, que se solveu. Não há identidade entre o que se atribuiu e o que se recebe em solução; e diferença ocorre, freqúentemente, como, por exemplo, na dação em soluto, na *daNo pro solvendo* (= o crédito subsiste até que o credor se satisfaça com o produto da alienação ou do uso da coisa, mediante a procura em causa própria, in rem *suam,* que em direito romano, por falta de suficiente análise, se considerava mandato), na assunção de outra obrigação, abstrata, para solver a anterior (e.g., pagamento mediante nota promissória), ou na atribuição a alguém de objeto com que se libere de crédito de outrem, que o atribuinte devia solver (A. von Tuhr, *Actio de ir rem* verso, 96 s.).

A prestação de garantia também supõe relação juridica, logicamente *posterius,* entre o que presta e o que é credor, ou entre o credor e outrem a favor de quem se presta. Num e noutro caso, embora se trate de segurança (que não deixa de ser atribuição). a causa é *soluendi,* salvo se se quer criar causa à parte.

estreitando-se o conceito de *causa soluendi.* Não há por onde se negar que o dador de garantia pignoraticia, hipotecária, anticrética, ou de fiança. pratica ato com causa *solvendi.* Não se trata apenas de espécie parecida, como pensava A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teu,* III, 68).

Dissemos, de começo, que *causa solvendi* supõe dever ou obrigação do próprio agente, ou de terceiro, que aquele cumpra ou solva. Nem sempre há a obrigação prius; o *prius* pode ser apenas dever, por estar, no credor, só o direito. desmunido de pretensão. ou de ação. Ai entram as obrigações naturais, O que paga dívida de jogo solve. Se os figurantes crêem em que havia dever moral (de acordo com o circulo social em que vivem), não há repetição (art. 970, onde "obrigação natural" é. também, dever moral).

Também dissemos que a solução é *posterius,* logicamente; porém pode não no ser, praticamente: é possível pagar-se obrigação futura e até divida futura (em nascendo, o crédito ou a pretensão se extingue).

Quem adianta dinheiro, solve como *pnius.* O que tem de fazer os gastos. à medida que os faz vão-se extinguindo os seus créditos. Se, por exemplo, no contrato do mandatário com o mandante, ou do administrador de obras e o dono da obra, se prevê que se entrega x por conta, tal adiantamento é *devido.* e a entrega é solução. Se não se prevê e se adianta, há solução de dívida futura.

A causa solvendi pode ter eficácia ratificativa de ato anulável, se o titular da ação de anulação cumpre, ainda em parte, a obrigação, ou solve a divida desprovida de ação (art. 150).

A relação entre o que solve e o que recebe não precisa ser oriunda de negócio jurídico bilateral, ou, até, de negócio juridico. Quaisquer créditos podem ser solvidos. Por outro lado, a relação entre a contraprestação e a prestação pode ser condicional (P. Oertmann, *Ertgeltliche Geschàfte,* 16): darei x a C, se B me vender a casa, ou se B renunciar à herança de D *(causa candicianis implendae).* Se A dá a B (inclusive se solve, ou se assume a dívida), na esperança de que B, ou D. lhe dê, faça, ou não faça algo, essa esperança não é elemento do suporte fático: não entra no mundo jurídico; não exsurge qualquer relação jurídica, o motivo não se fez relevante; houve a *daNo ob causam futurarn,* sem se estabelecer a contraprestação, ou a condição. Não raro isso ocorre, porque não podia ser estabelecida aquela, nem essa (ilicitude, e.g., não dar denúncia penal), mas a não-entrada no mundo jurídico pode também ter sido devido à carência de acordo (assim, A. Schõninger, Die *LeistungsqeschàJte,* 118 s.). Quando o ato jurídico exigiria escritura pública, o ato por instrumento particular é nulo (art. 145, III): o que se prestou foi em *da tio ob causam futuram* (M. Rúmelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen, *Archiu fOr* die

ciuilistische Praxis, 98, 253), podendo aquele que prestou, apenas, pedir a repetição pelo enriquecimento injustificado (arts. 964-97 1).

3. *Causa donandi.* A *causa donandi* supõe que nem se crie crédito a favor de alguém, nem se solva divida.

Só um dá, sem outra causa que a de inserir bem de vida no patrimônio de outrem. A unilateralidade do sacrifício, através do tempo. faz ressaltar que só se quis o enriquecimento de outrem, o que permite (porém não impõe, como pareceu a O. L.enel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 79, 66) que se defina de modo negativo a *causa* donandi. Qualquer atribuição patrimonial, e não só a doação, tem essa causa. Se A paga a divida de B sem que tenha qualquer intuito de se sub-rogar, ou de reembolsar-se (art. 931), "doou", em sentido largo, posto que não tenha doado, no sentido de doação de coisa. Se A emite quitação, sem ter recebido o dinheiro prometido, ou simula, a causa é *donandi.* Na doação verbal, não é de supor-se, de modo nenhum, obrigação de prestar e prestação; não há a promessa de doação e a tradição da coisa, depois: essa há de ser incontinente (art. 1.168, parágrafo único).

No direito brasileiro, a doação é contrato real: não há, aí, promessa de doação. A doação só é, propriamente dita, negócio jurídico real (Realgeschàft). No direito brasileiro, não se procedeu à consensualização de todos os contratos, como em direito suíço (exceto o de transporte, como previsto já na Lei de 29 de março de 1893, sobre estradas de ferro, art. 39). No direito alemão, há a doação, que é contrato real *(Realvertrag);* e a promessa de doar. Quem doa transfere" e o art. 1.168, parágrafo único, concernente á doação verbal, não pode ser lido como se permitisse outras doações em que nada se transferisse (não se confunda com a doação de se tornar devedor, e.g., doação de nota promissória), ou com a doação em que algo falta para a sua eficácia (registro do imóvel).

A *causa donandi* encontra-se: nas doações, nos negócios jurídicos de fundação ("dotação", art. 24; e

"incorporação por extinção da fundação", art. 30), nos testamentos e doações *mortis causa* (negócios jurídicos gratuitos, em que a eficácia depende da morte do disponente), na promessa pura de doação e na doação sob a condição de sobrevivência do donatário (instituto que é de discutir-se se existe no direito brasileiro), e na atribuição a terceiro.

§ 264. Determinação da causa

1.

Elemento *volitivo* e *causa.* A *causa* ou resulta de suporte fático, em que o elemento vontade deriva do autor da atribuição patrimonial, ou da vontade daquele a quem se atribui (desapropriação, requisições). O

elemento volitivo pode ser bilateral, ou unilateral (promessa de recompensa, disposições testamentárias. gestão de negócios, fundação, adimplemento por prestação a favor de terceiro, restabelecimento espontâneo do estado anterior ao dano). Na gestão de negócios, o gestor não pode alegar a falta de causa, para repetir o que atribuiu (arg. aos arts. 964, 1.331, 1.334 e 1.339-1.343); se é caso dos arts. 1.332, 1.333 e 1.334, porque a gestão foi contra a vontade do dono do negócio, ou por ele desaprovada, falta a causa. Ali, cabe reembolso (art. 1.339); aqui, não: a atribuição há de ser devolvida (art. 1.333, *verbis* poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença). O desembolso pode ter sido causa *doniandi,* o que não se presume.

A regra é serem determinadas as causas por acordo entre os figurantes (K. Hellwig, flue *1./ertràge auf Leistung ar* Dritte, 341).

Porém não sempre; e isso bastaria para se refugarem todas as teorias que definem a causa como *aquilo* sobre que se acordou. O acordo, aliás, pode dar-se sem ser necessária a causa, naqueles casos em que a técnica legislativa estabeleceu que se não exige a causa; então, a atribuição patrimonial se opera sem que seja dependente de negócio jurídico que *subjaz.* Tais atribuições patrimoniais dizem-se *abstratas,* porque, nelas, se abstrai da causa. Abstraindo-se da causa, a falta de causa é inapurável. Tal o que acontece com a transferência de propriedade imobiliária pelo registro (art. 530, 1). Quem doa, manualmente. não presta atenção a que a transmissão é abstrata e o contrato causal *(causa donandi);* mas, em verdade, o suporte fático do contrato real contêm os dois elementos volitivos.

2.

Negócios jurídicos causais. Se o negócio jurídico é causal, —ou é de

exigir-se o acordo sobre a causa, ou a determinação unilateral, inclusive em se tratando de solução. A dação em soluto dá-nos o melhor exemplo do acordo sobre a causa *solvendi,* —paga-se com o que não é o objeto do pagamento. Quem empresta x a alguém, se ignora ser devedor de x a essa pessoa, empresta, não paga, — não houve acordo sobre a *causa solvendi,* ainda que o credor não quisesse empréstimo de x, pois somente queria ser pago do que se lhe devia (sem razão, E Lent, *flue Anweisung ais Vollrnacht.* 15); salvo: a) se a dação gratuita foi remuneratória e a remuneração resulta de lei cogente, que faça irrenunciável a pretensão a ela, porque, então, se computa na remuneração o que foi doado (P. RIem, Untergang der *Obligation durch* ãueckerreichung 106‟ Em Beitrag zur Lebre von Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, *Arch iv for BO* rgenliches Rech *t,* 31, 214 s.); *b)* nos casos do art. 994, porque é ius *dispositivum,* e nos outros casos de substituicão da vontade dos figurantes.

3.

Acordo *e causa.* Na promessa de recompensa e noutros negócios jurídicos unilaterais, não há o acordo. Entendia Fr. Haymann (Crenzziehung. Jherings *Jabrbocher,* 56. 102) que, na determinação da *causa donandi,* há acordo, porém não negócio jurídico, por ser negativo o conteúdo (contra isso, A. von Tuhr Der *Allgemeine Thil.* III, 84, nota 138), o que é sem base, pois o efeito negativo pode ser o que se quer ao negócio jurídico. Não se querem somente efeitos positivos dos negócios jurídicos.

O acordo tem como elemento do suporte fático o que o atribuinte manifesta de vontade ao outro figurante. e não o que quer intimamente. Se A deve a B e quer solver a divida, há de manifestá-lo a B, para que não mais possa revogar, isto é, retirar a *voz* que alcance a B. Se A manifesta outra causa (por exemplo, prestar caução) e C aceita a manifestação, não pode mais A revogá-la, porque pensava que estava solvendo divida de B. Se A prestou para solver divida a B, sabendo que tal dívida não existe *(animus donandi!),* não errou (cf. art. 965) e, pois, não pode repetir. Não basta a dúvida (Hans Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschãfte, *Archiv foi- die civilistische Praxis,* 104, 24; sem razão, P.

Langheinel□en. *Anspruch und Eiri rede,* 241); nem, sequer, o dever de conhecer (P. Oertmann, Recht *der Schulderhdltnisse,* 1.027; H.

Dernburg. Das BOrger/iche *Recht,* II. *2,* 39 ed., 725). Se A comprou a B e lhe pagou a exorbitância que B pediu pela coisa, ou lhe disse que pagava mais do que C ou outrem oferecera, com o intuito — não manifestado — de *doar* o excesso, não há qualquer elemento de doação, e sim, tão-somente, venda e compra; porque B não conheceu e não anuiu na *causa* donandi. Se C paga a B a dívida de A, por acordo com A, a causa é a do acordo; se. porém, o intuito do terceiro não-interessado não se manifestou (art. 931), entende-se que pagou para se reembolsar e não que o credor lhe cedeu o crédito. No primeiro caso, o direito a reembolso deriva da lei (art. 931); no segundo, de negócio jurídico. A diferença entre as espécies ressalta.

Pode dar-se que o acordo quanto à causa seja simulado, ou tenha havido erro, ou dolo; então, é anulável. Por exemplo, A atribuiu a B a coisa, como empréstimo, ou venda, e em verdade doou. Se, aparentemente doou, mas, em verdade, vendeu, há anulabilidade por simulação, posto que, sem razão Fr. f-iavmann (Grenzziehung, iherings *JahrbOchcr,* 56, 114) entendesse que *não houve* doação, pela falta do anirnus *donarzdi* (portanto, o destinatário não teria direito ao interesse negativo).

4.

Acordo *condicional.* O acordo sobre a causa da atribuição patrimonial pode ser condicional; e.g.: A atribui a B, acrescentando que, se B tirar o prêmio de descoberta científica, a causa da atribuição se terá como *donandi,* e não *credendi;* A atribui a B, para que, se ocorre a condição, a atribuição se tenha como *causa credendi,* e, se não ocorre, como *causa* solvendi. As casas bancárias soem estabelecer que o depositante pode sacar *causa solvendi* (sobre o depósito) e, até x, *causa credendi.* Também A pode acordar em que o dinheiro entregue a B se tenha como doação, se B não receber o crédito contra C, que, por exemplo, A apresentara, com elogios, a B, e como mútuo, se B receber o crédito contra C. O pai de B pode dotar a filha que está para casar, no mês próximo, com C, acrescentando que o dote se terá como doação se o casamento não se realizar. Tal cláusula entra no mundo jurídico e vale, a despeito da alternação de causas.

5.

Reserva e *causa.* No momento de se adimplir algum dever (não só obrigação, porque se pode tratar de cumprimento de dever sem obrigação ou de obrigação encobrível, e.g.. por estar prescrita a dívida), pode haver reserva por parte do que adimple. A reserva quanto a se supor existente o crédito é supérflua: com ela, ou sem ela, é repetível o pagamento, se a dívida não existia. Mas põe claro que o solvente não reconhece a divida a reserva de quem diz não existir a divida e pagar por exigência de honra, respeito à opinião pública, ou outro motivo. Aí, é possível a repetição, embora não tenha havido o erro a que se refere o art. 965. Outra reserva é a de que o devedor somente considera pagamento o que prestou quando o credor comprove a existência do crédito. Assim, se C apresenta a A a conta de despesas de B, pelas quais se responsabilizara A, pode A prestar o quanto devido, ou parte, sob a reserva de ter C de provar a existência da dívida: se existe, solveu-se no todo, ou em parte; se não existe, cabe a repetição. Também é possível a entrega com a reserva de só se ter como pagamento após a prova da existência da divida.

§ 265. Concorrência de Causas

1.

Pluralidade de causas: *unidade e unitariedade; complexidade* no *suporte lético e complexidade* no negócio *jurídico.* As causas de atribuição podem concorrer, como: *a)* se o credor recebe menos do que o quanto devido, e dá quitação; *b)* se alguém, para favorecer a outrem, lhe vende, ou cede, por preço inferior ao da coisa, ou direito; *c)* se adquire por preço excessivo; *d)* se dá em soluto coisa que vale mais do que o quanto da dívida, pois estão presentes a *causa creden ti,* ou a *causa solvendi,* e a *causa donandi;* e) se se abstêm de exercer direito formativo, para doar. Em todas essas espécies, há negotium *mixtum* cum donatione. Uma teoria entende que aquilo em que o negócio se funda na *causa donandi* trata-se como doação; aquilo em que, no negócio jurídico, não há doação trata-se como outro negócio jurídico, com que se misturou a doação, ou com ela se misturou, considerando-se em partes ideais da coisa a operação (W.

Kõppen, Das negotium mixtum cum donatione, 26 5.; Weirauch, Die gemischte Schenkung, Gruchots Beitrége, 48, 229 s. e 244 s.), quanto ao fundo e quanto à forma (já assim no direito comum, cl. F. von Savigny, *Sys tem.* IV, 99 e 103, E. 1. Eekker, *Svstem,* IV, 201 s.), inclusive vícios e repetição. Outra teoria quer que se tenha o negócio

jurídico como um só (doação, W. MúlIer, Die gemischte Schenkung, Jherings *Jahrbocher,* 48, 223; A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* III, 78).

Já vimos que o problema não pode ser tratado *a* priori. Têm-se de distinguir *unidade* e *uriitaniedade, complexidade tâo* só no suporte *fático* e *complexidade* no negócio jurídico. De regra, a doação prepondera, mas a outra causa pode repelir essa preponderância.

2.

Causa credendi e causa donandi. Na doação onerada com encargo (art. 1.187, II), há combinação da causa credendi com a *causa donandi.* Aquela apenas funciona como causa secundária, adjecta, criando dever e obrigação, ou só dever, ao donatário.

A doação puramente remuneratória (art. 1.187, 1) contém algo de solução: remunerar o donatário e dar-lhe o que seria paga de serviços, ou méritos seus. mas com tal espontaneidade e largueza que a causa *donandi* se revele. Por exemplo, a B, que pôs três dos seus trabalhadores para evitar que o fogo se alastrasse na fazenda de A, e não quis que A os remunerasse, com o salário das horas de trabalho, nem quis aceitar que se lhe pagassem as despesas, remete A um cavalo, cujo preço seria muitas vezes o custo da ajuda que B lhe prestou, e alguns presentes aos três trabalhadores. Papiniano, na L. 2"], D., de *danationibus,* 39, 5, falou de jovem, Aquilio Régulo, que escreveu ao retórico Nicostrato: „pois que sempre estiveste com meu pai e me fizeste melhor com tua eloquência e diligência, dôo-te e permito que habites naquele cenáculo e o uses". O

retórico, após a morte do doador (dono". diz o texto), alegou, em controvérsia, que não se tratava de mera *donatio.* Papiniano viu mais a remuneração (cf. Ulpiano, L. 1, pn, D.. *de variis extraordinariis cognitionibus,* 50, 13; H. Harburger, *flue remuneratorische .Schenkung,* 6 e 15). Em verdade, o que Aquílio Régulo entregou foi o direito de habitação e o texto mais parece exemplo de solução de dívida do que doação. Nem, sequer. se sabe se foi contrato misto, ou simples dação em soluto. Paulo (L. 34, § 1. D.. *de donationibus.* 39, 5) aludiu à diferença: „Se alguém tirou a outrem do poder de ladrões ou de inimigos, e por isso recebeu algo, tal doação é irrevogável. Não se há de chamar retribuição de trabalho exímio, porque não quadrou levar-se em conta o salvamento para estimação." A remuneração, se de doação se trata, é *motivo,* e não causa, motivo a que a lei dá relevância

(art. 1.187, 1), tanto que faz, à semelhança do direito romano.

irrevogável a doação (não pensamos que a L. 34, § 1. somente concernisse à remuneração de salvamento; sem razão, E. Windscheid, *Lehrbuch,* II. 9ª ed., 565).

No art. 1.187, III. fala-se de doação em cumprimento de obrigação natural, — texto aí, equivoco. Leiase: "dever moral". A "doação" para solver débito mutilado, ou prescrito, não é doação; é solução de divida, em dinheiro ou em dação em soluto. *Dever* moral não é, aí, qualquer dever de benemerência, em geral; épreciso que se trate de dever moral, em concreto, quanto à pessoa do donatário (O. Gierke, *Deu tsches Privatrecht,* III, 433; sem razão, P. Oertmann, *Recht* der *Schuldverhàltnisse.* 533), ou de alguém ligado a ele (O. Warneven *Kommentar.* 1, 873), como filho. cônjuge, amigo, parente. O motivo é que é tornado relevante.

3.

Causa credendi *e* causa solvendi. A *causa* credendi e a *causa* solvendi podem concorrer se A solve a divida a B, entregando-lhe nota promissória, ou se cede a B, em solução de divida, o crédito contra C. As atribuições patrimoniais pro solvendo oferecem a figura da *causa* crederidi combinada com a *causa solvendi* (posto que em decurso), se A se obrigou a emprestar a B e lhe entregou crédito em prestações contra C.

Aliás, a atribuição pro solvendo põe, estendida no tempo, a *causa* solvendi.

§ 266. Causa e acordo, no tempo

1.

Acordo sobre *atribuição* e *causa,* no *tempo.* Acordo sobre *atribuição* e *causa* podem ser simultâneos (e.g.. doação verbal. art. 1.168, parágrafo único). A técnica jurídica sói separar acordo e causa; então, o negócio jurídico é causal, e não no é o acordo de atribuição. Por exemplo: A oferece vender a B a coisa por *x.* B aceita o contrato de

venda e compra, mas acorda em que a coisa, que se lhe entrega, será para solver a obrigação de A. Se A oferece a coisa a B, para pagar dívida de x, B somente a pode aceitar com essa causa.

O credor, na espécie do art. 991. não pode receber a coisa para pagamento de outra divida que aquela que foi indicada. O que recebe doação não pode aceitar a coisa como dada em soluto, ou como se o fora em mútuo, ou em locação.

2.

Acordo sobre *a causa* anterior á *atribuição.* O acordo sobre a causa pode ser anterior. Se A e B, no negócio jurídico, que concluíram, de arrendamento de fazenda, estabeleceram que qualquer prêmio que for conferido ao arrendatário esse entregará ao arrendante, findo o arrendamento, a título de pertencialização das medalhas, há acordo antes da causa. Se entenderam que, no caso de o arrendatário depositar no banco mais do que a mensalidade, o excesso será tido por mútuo, há acordo antes da causa. Então, se o arrendatário deposita o valor do aluguel, ou se deposita menos, ou se deposita mais, já se sabe qual a causa. Se o credor não aceita o aluguel, ou se não aceita, por mútuo, o excesso, incorre em mora; se recebe o excesso da prestação, dizendo, por exemplo, que a imputa a aluguel futuro, o protesto é ineficaz e o mútuo ocorreu, pelo acordo anterior.

3.

Acordo sobre *causa* posterior â atribuição. A atribuição pode preceder ao acordo sobre a causa. Quem ratifica ato jurídico anulável de atribuição (arts. 148-150), atribui antes do acordo sobre a causa. Quem entrega dinheiro, ou outra coisa, ás pressas, para, mais tarde, conversar sobre qual a causa (mútuo, comodato, doação; venda e compra, comodato, locação), atribui antes do acordo sobre a causa. Se A telegrafa a C que “receba x no banco B e aguarde cada (ou instruções)” e C recebe a quantia, há atribuição antes do acordo sobre a causa. Outrossim, quando A paga dívida, com ressalva da ação declaratória de inexistência e obtém sentença, que a declara.

Enquanto o acordo sobre a causa não se dá, a atribuição está *sem causa,* o que é diferente de ser *abstrata* (à atribuição abstrata não falta causa, ela mesma é alheia à causa). Todavia, há atos jurídicos que só

se aperfeiçoam com o acordo sobre a causa (e.g., a doação, art. 1.165, verbo “transfere”; o mútuo, art. 1.257, verbo “transfere”; negócio jurídico de pagamento). Se o acordo não se produziu, não se concluíram tais atos jurídicos. Quando o acordo sobre a causa pode ser posterior à atribuição se, depois, não se produz, *faltou* e *falta* causa à atribuição; se se produz, *faltava,* porém não *mais falta,* e a eficácia *ex* tunc (só pessoal) depende do acordo mesmo sobre a causa.

O doador pode fixar prazo ao donatário para declarar se aceita, ou não, a doação (art. 1.166). Aqui, à causa é posterior o acordo sobre ela; atribuição e causa podem ter sido simultâneas.

Cabe procuração naquela e no acordo, ou só naquela, ou só no acordo.

4. *Irrevogabilidade* e acordo sobre *a causa.* O acordo sobre a causa é irrevogável unilateralmente; e bilateralmente, se a eficácia da atribuição já se produziu (e.g., se A prestou, solvendi *causa* a dívida extinguiu-se; se o registro da escritura de doação do prédio já se fez, ou já se inseriu na escritura o acordo de transmissão, não mais cabe revogação, — na segunda espécie, antes do registro, caberia o contrarius consensus, e, na primeira, outro contrato invertido, como compra pelo vendedor, ou doação ao vendedor).

Se A prestou serviços a B, gratuitamente *(causa danandi)* e, depois, por se terem desavindo, B resolve

“pagá-los”, há outra doação. e não solução de divida de locação de serviços. As vontades dos figurantes não podem ir ao passado, para negarem o que entrou no mundo jurídico: quando certa decisão alemã (cl. O.

Schreibe~ Gemischte Verträge, *Jherings JabrbOcher,* 60, 177 s.) admitiu que os figurantes mudassem a causa, palmarmente errou, porque têm eles todos os poderes — na dimensão do tempo —quanto à eficácia, porém não quanto a fazerem tornar ser o não ser e não ser o ser. Tampouco, é possível ir-se ao passado dizer-se que o ato jurídico *a* passa a ser o ato jurídico b. mudando-se-lhe a causa, ou o tipo de contrato, ou a individualidade: seria novar. Pode A vender ao credor a coisa que empenhou; ao locatário, a coisa locada.

§ 267. Acordo sobre a causa e simulação

1. Acordo sobre *a* causa e *causa.* O acordo sobre a causa não basta a que a causa se estabeleça, se não há o elemento objetivo da adequação da atribuição à causa. Se A diz doar a B e B, médico, aceita o anel de brilhantes, que B recebe, entregando-lhe, a seu turno, a quitação de honorários por serviços prestados, não houve doação, — houve dação em soluto: o acordo foi sobre causa onerosa, e não podem os figurantes colorir o ato oneroso como se gratuito fosse. Se B rompe a conta, por entender que não mais quer cobrar, B

também doou os honorários. Se. no momento de A perguntar a B de quanto lhe era devedor, B responde que A nada lhe deve, B doou, e a entrega do anel, com a *causa donandi,* é doação posterior àquela, talvez doação remuneratória (art. 1.187, 1). Aliter, se A insistiu em que B recebesse o que A reputa justo preço dos serviços, porque, aqui, há onerosidade. Se B repele que se trate de pagamento, é doação (sem razão. L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3V-35ª cd., 404 s., no entender que basta um dos figurantes ter a dação por dação retributiva, para que o seja).

Se houve serviços prestados, com esperança de recompensa, há negotiorum gestio. e não oferta de contrato de locação de serviços . Oferta há quando os serviços só se prestam depois da aceitação.

2. Acordo *simulante* sobre *a* causa. O acordo sobre a causa pode ser simulante: dissimula-se a doação, simulando-se pagamento; dissimula-se pagamento, doando-se: vende-se, simuladamente, quando. em verdade, se doou (art. 102, II). Tais atos podem ser anulados se entraram no mundo jurídico; se a simulação foi inocente e absoluta, basta pedir-se a declaração de inexistência, ou procederem os figurantes considerando-os inexistentes.

§ 268. Unidade dc atribuição e pluralidade de causas

1. *Atribuição* com *pluralidade de causas.* A mesma atribuição patrimonial pode ter duas ou mais causas. Se A, que deve a B, obtém que C pague a dívida, emprestando-lhe a quantia, a atribuição de C

(terceiro) a B é *causa solvendi,* quanto a A e B, e *causa* credendi, quanto a A e C. Se C. em vez de emprestar, doa, a atribuição é *causa* donandi, quanto a A e C, e *causa solvendi,* quanto a A e B. Se C fosse devedor de A, poderia pagar a B para solver a divida a A: duas causae solvendi. Se B cede, pro solvendo, a C o crédito contra A, a prestação de A a C é *causa solvendi,* quanto ao cessionário, novo credor, e ao mesmo tempo solve a divida de B a C.

Pode dar-se que entre o que solve a dívida de outrem e o que recebe o pagamento nenhuma relação exista. Seria inexato dizer se que a prestação é sem causa, respeito ao credor, como faz A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teil,* III, 93): o que falta é a relação jurídica. Ao terceiro que paga *(causa* solvendi) nasce, contra o devedor, o direito de reembolsar-se do que pagou (art. 931), se não no fez para prestar, *causa solvendi.* ou *causa* credendi. ao devedor. Na assinação de dívida, não há relação jurídica entre o assinado e o assinatário; só há. por intermédio do assinado, a prestação do assinante: entre assinado e assinatário não há *causa solvendi,* porque não há qualquer relação jurídica. O terceiro, nos casos dos arts. 930-932, presta, *causa* solvendi; o assinado, não: se presta, porque o assinante doa ao assinatário. não presta *causa* donandi, —

quem presta, *causa donandi,* pela assinação, é o assinante. Se o assinado presta, porque o assinante empresta ao assinatário, não presta *causa credendi,* — quem presta, *causa* credendi, pela assinação, é o assinante; se presta, porque o assinante devia ao assinatário, não presta *causa* solvendi — quem presta, *causa* solvendi. é o assinante. Dá-se o mesmo quando alguém encarrega a terceiro de solver dívida, ou quando estipula a favor de terceiro (arts. 1.098-1.100). Se alguém promete atribuição patrimonial, sob condição de que o destinatário preste a outrem (condicionis implendae *causa),* ou sob *modus,* a terceiro, a prestação do destinatário ao terceiro tem, quanto ao destinatário e o promitente, a *causa* credendi, ou a *causa doriandi* (doação com encargo) e, quanto ao promitente e o terceiro, a causa que derivou do acordo entre eles, ignorada, talvez, do destinatário (Fr. Havmann, Grenzziehung, Jherings JahrbOcher, 52, 95). Idem, nas atribuições patrimoniais mortis *causa,* em que há condição, ou modo. Os bancos quase nunca sabem porque pagam as contas dos seus clientes, nem há relação entre o que recebe e o banco. Fora a do ato-fato jurídico do pagamento por ordem. Todavia. pode existir a relação e, pois, a causa; e.g., se o banco é figurante o negócio jurídico, ou se o credor, a que se há de pagar, acordou com o banco em que as prestações fossem *pro solvendo* de dívida ao banco (pluralidade de atribuições do devedor ao credor, do credor ao banco; ainda que

imediatas, se o banco faz, num só, os dois lançamentos, o do crédito do devedor e o do pagamento ao banco).

2. *Espécies.* Se A obtém de B que atribua a C, sem A estipular a favor de C, a relação jurídica é entre A e B, e outra, entre B e C. Por exemplo: A atribui x a B para que B, vendendo *(causa credendi)* a casa a C, o faça abaixo do preço que B desejava (condicionis *implendae causa);* para a causa condicionis *implendae* não é preciso que B figure (sem razão, E. Jung, *Die BereicherungsansprOche,* 82, A. Schõninger, *Die* Leistungsgeschá *fte,* 103, e Fr. Havmann, Grenzziehung, Jherings *JahrbOcher,* 56, 98; certo, A. von Tuhr, Der *Allqemeine Teu,* III, 95 s.).

Se A obtêm que B, seu procurador, ou devedor, doe a mas em nome próprio, há *causa donandi* entre B

e C, e causa credendi, ou *solvendi,* entre A e B. Vê aí A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teil,* lii, 96) *causa donandi* entre A e C, e só aparência de doação entre B e C: a prestação de B a C seria doação aparente e o doador seria A. Sem razão; o que executa o mandato, ou paga a dívida, doando em seu próprio nome, não doa aparentemente; doa, e a relação entre o que deu as instruções, ou estabeleceu a condição, e o que doou foi apenas *motivo* (irrelevante) da vontade do doador (cp. 1 Hellwig, *Die* ⧹/ertràge *auf Leistung* zu *Dritte,* 52).

§ 269. Causa e motivo

1. *Fim, causa* e motivo. O fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar, é a *causa.* O fim, que se tem como relevante, é, de regra, só o que está no Suporte fático do ato jurídico e determina o caráter da atribuição. A sua importância é tal que determina quais as regras jurídicas que hão de reger o ato. E o fim econômico típico da atribuição (M. Rúmelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen, *Archiv fOr die civulistische Praxis,* 97, 217), mas segundo o que há entre os figurantes ou entre eles e terceiros: se A dá x milhares de reais á pessoa, que o seu carro atropelou, pode fazê-lo *solvendi causa,* se é para pagar a indenização, ou *donandi causa,* se entende que só o atropelado teve culpa. Se o fez *danandi causa,*

continua a dever, integralmente, o que a justiça fixe: não se desconta o que doou (P. Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung,* 105); nem o haver pago basta a que revogue a doação, ou possa repetir o que foi doado. Se C paga a divida de A a B, — ou o faz emprestando, ou também em pagamento, ou doando. Não se pode pensar em que a causa seja puramente subjetiva; nela, dá-se conta do que se passa na vida real, no tecido das atribuições patrimoniais. O elemento objetivo pode ser quase exclusivo; e.g., o repúdio da herança. No entanto, pode haver *motivo* para o repúdio (outro herdeiro receber mais); mas o efeito é *reflexo:* não há *causa* entre o agente e o que com o repúdio se beneficia. Pode passar-se o mesmo com direitos formativos; e.g., denúncia da locação de serviços, para tomar os serviços de outrem, ou alugar a outrem a coisa; escolha, nas obrigações alternativas; substituição, na estipulação a favor de terceiro (art. 1.100).

2. Diferença *entre causa* e *motivo. Motivos* são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio (Pompônio, L.

52, D., de condictione *indebiti,* 12, 6). O que é essencial ao negócio jurídico segundo o conceito desse não é *motivo.* Se o motivo foi elevado a essencial pela vontade das partes, deixou de ser pré-intencional. Ainda se o *motivo* é falso, não cabe repetir-se o que se deu. Diferente, se, em vez de oh causam, o dar foi oh rem, isto é, para o efeito que se quis, para que alguma coisa se seguisse, *ut aliquid sequatur,* pois que non *sequente repetitio competit.* E a *causa.* O fato de conhecer ou de ser informado do motivo o outro figurante não o torna essencial, não lhe muda o caráter de motivo. Para isso, seria preciso que se desse como determinante ou como condição. Não se conclua, porém, pela insignificação absoluta dos motivos. Em certas circunstâncias, podem ser de importância para a interpretação do ato.

Entre motivo e *causa* a diferença logo ressalta se tomamos o exemplo do *empréstimo:* a causa é *credendi,* mas pode bem ser que só se tenha feito por impulso de amizade, para que o devedor pagasse outra divida, ou fizesse outra operação. Ora, esses *motivos* são estranhos ao direito, que os desconhece no vigiar se o negotium entra em alguma figura jurídica. Juridicamente, tais motivos são sem importância; mas a *causa,* não. E o *fundamento* jurídico, o alicerce para construção da figura, por que só excepcionalmente se admitem negócios jurídicos abstratos, como os títulos ao portador e — necessariamente — a cambial: são como casas lacustres, sem as paredes alicerçantes, abstraídas as *causae.* Mas, como a vontade das partes é poderosa, o

direito permite que ela eleve os motivos, de modo a lhe conferir relevância jurídica.

Os motivos que as partes elevam à categoria de razão determinante. ou de condição, não se tornam confundíveis, menos ainda idênticos à *causa.* Porque eles podem intervir, diferentes, relevantes, sem modificação da *causa.* Uma doação não deixa de ser *donandi* causa, porque há o *motivo* do art. 1.167 (cp.

art. 1.187, 1).

Que é a *causa,* distinta do motivo? ~E a razão imediata da vontade (E. Bartin, *Théorie* Jes Conditions, 362), diferente, pois, da causa mediata, psíquica? Ou que torna inteligível o ato pelo qual o devedor se vinculou? ~Ou o interesse *jurídico* que as partes têm em vista e lhes determina a vontade (C. Beudant, Les Contrats et les Obiiqations, 110 e 117)? Que se procure, subjetivamente. o motivo, entende-se, e é subjetivamente que tem de ser procurado. Mas a *causa,* não. Ela já é algo de estado, de degrau, entre o querer e a categorização de ordem jurídica. Dai falarem alguns em equivalente econômico, e outros, no que corresponde às necessidades da vida de negócios. A dificuldade levou os espíritos de menor argúcia filosófica a concluírem pelas soluções simplistas. eliminatórias, ou pela inutilidade da noção, como L.

Barassi *(Istituzioni.* 157). ou, nos atos jurídicos unilaterais. a identificarem causa e motivo (G. Chironi, Questioni, li, 272). Desde 1888. Marcel Planiol afirmou, absurdamente, serem causa e motivo a mesma coisa. Evidentemente, a noção de *causa* não é psicológica, ou, melhor, não no é somente. Mais social e técnica, Tem de procurar-se no direito, objetivamente. A noção de equivalente não basta, não só porque se volta à indagação subjetiva, que a de valor supõe (1. Maurv, *Essai* sur le rô/e de *ia notion d*"*Équivalence en* droit *civil* français. 1. 31), como porque há equivalências que se caracterizam nas doações e são motivos e não causas.

Ainda recentemente, surgiram tendências a explicar a causa, sem ser como o conceito resultante de classificação das relações interpatrimoniais, quando se *atribui.* Todas elas não logram adaptar-se á realidade, menos ainda traduzi-la, Se só se atendesse à eficácia dita essencial, porque esquemática do negócio jurídico, tal como o concebeu o direito, predeterminando-a, ficariam de fora os negócios jurídicos atípicos. Por outro lado, seria eliminar, até certo ponto. mas,

de qualquer modo, deformando os fatos, o elemento subjetivo.

Sem razão, pois. 5. Pugliatti. *Nuovi* aspetti *dei* problema della *causa,* 191, e R. Nicoló, *LAdempimenro deIlobbligo altrul,* 187 s. Reduzir a causa à razão por que a regra jurídica dá entrada no mundo jurídico ao suporte fático, mais absurdo. por extemporâneo, seria: tal teoria que poderia ser de se discutir em sistema jurídico como o romano, é de todo inadmissível nos sistemas jurídicos modernos. Só se levaria em conta o resultado prático do negócio jurídico, mas, se assim fosse, até que ele se produzisse haveria motivo, indiscernível dos outros motivos. Portanto, também inadmissível o que escreveu F. Carnelutti (Teoria genera/e *dei* Reato, 152 s.).

3. *Objeto* e *causa.* O Código Civil fala em objeto (art. 82) e não fala em causa. A extirpação é inoperante, porque todo o seu sistema é fundado na causa. Nas obrigações, o objeto é o devido: o que se vê, do lado do devedor; a *causa* é o que se vê olhando. de face, todo o ato jurídico. A ilicitude do objeto faria nulo o ato, do lado de um figurante, não necessariamente, do lado do outro: se o outro lado é atingido, falta a causa. Passe-se ao contrato aleatório, e ver-se-á que a causa não está no objeto prometido. envolvido na obngaçao; está, tão-só, na obrigação do outro.

Se fôssemos guiamos pela nota de Clovis Bevilacqua *(Códi* go Civil Comentado, 1, 359), todos os negócios jurídicos, em que a causa não foi consignada, seriam abstratos. Nem o povo do imperativo categórico. os juristas alemães, chegaram a tais extremos. Interessante é que chegou a tal conclusão por influência das notas de M. Planiol. sobre a teoria da causa e em vaga informação sobre o Código Civil alemão. No fundo, o mesmo ato ditatorial com que o projetador pretendeu eliminar condições ilícitas que não fossem consignadas na lei (art. 115). Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas.‟ Mas não nascem em milhões. Nem as condições imorais deixam de ser ilícitas, nem a causa desaparece, ao sopro legislativo, do Código Civil inteiro. A atitude de Bevilacqua só duas conseqüências poderia ter: *a)* ou considerar abstratos todos os negócios jurídicos, e esse mundo jurídico pastoso nunca o vimos, e os alemães, doutrinadores do contrato *abstrato,* sorririam; *b)* ou identificar motivo e causa, e teríamos, no direito brasileiro, estranho subjetivismo, que faria, à cata de intenções, toda urna psicologização arbitrária do direito. Ora, tal conseqüência seria contraditória: a elevação dos

motivos a causa seria a hipertrofia dos motivos e, pois, o pulamento das causas"

aquela se chocaria com a estrutura do Código Civil, em que poucos muito poucos — são os casos de *abstração* .

4. *Causa* e direitos formativos. A causa, quando se exercitam direitos formativos, ficou atrás, ao tempo em que se criaram esses direitos (direitos são efeitos). O caminho está predeterminado; quem exerce o direito só o percorre. Causa dever ter *havido,* ou. no passado, faltou, ou se *pôde* abstrair da causa; porém falar-se de causa quanto ao exercício dos direitos formativos criativos, modificativos, ou extintivos, é transplantar para o plano da eficácia problema que pertence ao plano da existência do negocio jurídico. Não se pode falar de causa do direito; há-se de falar de causa do negócio jurídico. Já não se atribui, inclusive a si mesmo: a atribuição foi antes.

5. Motivos *irrelevantes* e *motivos* relevantes. Com a causa, dissemos, não se confundem os motivos, que levam a pessoa a praticar o ato. Não se inserem. esses, no suporte fático; ficam aquem, ou além; psicologicamente. subjazem. Isso importa em dizer-se que não entram no mundo jurídico, porque só entrariam se integrassem o suporte jurídico, e não o integram. Pode dar-se, porém, conforme mostramos, que os figurantes confiram relevância a motivos. Então. inserem-se eles nos suportes fáticos; e entram, com esses, no mundo jurídico. Os motivos irrelevantes podem ser diferentes para os figurantes: as manifestações de vontade coincidem, com a mesma causa; porém cada um ou alguns manifestantes foram induzidos à prática do ato por motivos distintos. Por exemplo: A comprou o apartamento. no edifício de quatro apartamentos, ou mais, porque quer empregar capitais. B. porque quer morar no que comprou, C. porque não quer a D como vizinho do mesmo andar e D era o outro pretendente á aquisição. Nas trocas, de regra os motivos são diferentes: um não quer mais o que o outro quer e quer o que o outro não quer. O princípio, que rege. é o da irrelevância dos motivos, ainda na venda e compra e na locação (A comprou para auxiliar o vendedor, B empregou C para que se acostume ao trabalho). Sob a causa donandi, podem estar a gratidão. a publicação do nome, o suborno, a intenção de angariar a simpatia e tantos outros motivos. Uma vez que os motivos não entram no mundo jurídico (plano da existência). também não vão ao plano da validade, ou ao plano da eficácia. Se o motivo é contrário a direito e perfaz o

ilícito do art. 159 ou o do art. 145. II. entrou no mundo jurídico; a lei. e não os figurantes ou o agente, lhe deu relevância. Há, pois. duas fontes de relevância: a lei e a vontade humana. Também é relevante, por lei, o motivo fraudulento. Os sistemas juridicos afastam a invalidação dos atos jtírídicos por erro nos motivos, salvo excepcionalmente, isto é, quando tornados relevantes. Por outro lado. dão relevância ao motivo de manifestacão de vontade, se oriundo de dolo, ou coação .

6. Princípio de inseribilidade dos motivos. Junto ao principio da irrelevância dos motivos, existe o de poderem ser insertos nos suportes fáticos (principio de inseribilidade dos motivos). A condicão é motivo tornado relevante; estabelece-se a expectativa do fato futuro, e dele faz-se depender a eficácia do ato jurídico. Se o efeito depende de que seja verdadeira a representação de fato presente ou passado. não se trata de condição, embora se chamasse, no direito comum. condicio in praesens vel praeteritum *collata* (§ 6,1., de verborum *obligatione,* 3, 15; L. 37-39, D.. de rebus creditis. 12, 1; L. 100. D., de verborum obligationibus, 45, 1).

A imoralidade do motivo por si só não o torna relevante. Se tal motivo é elevado à categoria de razão determinante, ou de condição. portanto se se faz, negocialmente, relevante, integra o suporte fático do ato jurídico e esse é anulável (cf. art. 90: Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição"). Para que a vontade faca relevante o motivo é preciso o acordo; não basta que o figurante esteja a par do motivo imoral do outro, e não se abstenha de praticar o ato jurídico. A doação à mulher casada, com quem o doador tivera relações sexuais, vale se o doador tinha intuitos imorais e o donatário não, ainda que conhecesse o motivo da doação, não há anulabilidade. O empréstimo que o dono do cassino toma para abrir banca de jogo é válido, ainda que o mutante saiba do motivo. Quando o motivo é falso, não há nulidade. se não se fez relevante, ainda que o conheça o outro figurante. Se A doou a B o relógio, crendo que foi B quem auxiliou o filho a salvar-se no banho de mar, ainda que B tenha conhecido o erro, a doação vale, pois que não se faz relevante o motivo (art. 90), que, ai, é pressuposição. A/ iter. se os figurantes acordaram em que B teria de provar que foi quem salvou o filho de A.

7. Tentativa de redução *das* espécies de causa. Tentou-se reduzir todas

as causas patrimoniais a uma só, a causa solvendi (G. Boehmer. Realvertráge. Archiv *for* BOrgerliches *Recbt,* 38, 314 s.), o que mostra terse pensado em só se dar atenção à eficácia final, tornando-se por bem dizer transparente qualquer causa obligandi e colorindo-se, fortemente, a causa solvendi. O caminho para isso estava aberto por E. Jung (Die Bereicherunysanspro che. 127), que havia procedido a fusões de *causae* na causa obligandi. Antes. outros juristas haviam combatido a tripartição romana (causae solvendi, credendi, donandi).

8. *O* art. *1.036* e *a* noção de causa. O art. 1.036 não basta para se entender que a noção de causa se dilatou e que a cada espécie de negócio jurídico corresponda uma causa. Quando C. Bufnoir *(Propriété* et Contrat.

529 s.). fundando na falta de causa a conseqüência da incidência do art. 1.036 (Código Civil francês, arts.

2.056 e 2.057), dilatou o conceito de causa, a ponto de nele se atender à natureza peculiar do contrato, tomou motivo relevante por causa. O art. 1.036 existe, escrito, como os arts. 2.056 e 2.057 do Código Civil francês: porque não temos o art. 1.131 do Código Civil francês (Lobligatíon sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite. ne peut avoir aucun effet. cl. art. 1.108 e 1.133) e. se o tivéssemos, não bastaria.

§ 270. Negócios jurídicos causais e negócios jurídicos abstratos

1. *Fim* intrínseco ao conteúdo. Há declarações e manifestações de vontade cujo fim é intrínseco ao seu conteúdo. O casar-se com B é fim intrínseco da declaração de vontade de casar Adotar a C por filho é fim intrínseco do negócio jurídico da adoção. Quando. porém, se passa ao plano dos direitos patrimoniais. é menos fixado o fim; é ele, em certo sentido, extrinseco; de modo que é preciso que se intrinseque a causa, o fim. O fim, a que se chama *causa,* e o que se dirigiu ao ser do negócio jurídico, portanto o que pôde *figurar* no suporte fático; portanto não há causa sem que essa entrada haja ocorrido (= podido ocorrer + ter ocorrido). O meio único para o fim inserirse no suporte fâtico é inserir-se no conteúdo da declaração ou manifestação de vontade. No casamento, na adoção e noutros negócios jurídicos da mesma classe, a causa está inserta é intrínseca ao conteúdo); nas outras classes de negócios jurídicos, é preciso que o declarante ou manifestante da vontade a insira em sua manifestação de vontade. de

jeito que, incidindo a regra jurídica, sua incidência seja sobre esse todo. Dá-se intrinsecação do extrínseco. Todavia, só se consegue isso mediante a inserção do fim no suporte fático . O supor te fático de que resulta a relação jurídica de casamento, ou de adoção, já o contém. Se, porém, o negócio jurídico tira ou promete tirar do patrimônio de A para o de B algum bem da vida, não se inseriu no suporte fático o fim; permanece ele por *sob* o suporte fático, sem fazer parte dele. Se A insere na declaração ou manifestação de vontade que ele doa a B A inscriu no suporte fático essa causa donandi de atribuir a B o bem da vida, uma de cujas consequências é ter-se de procurar a regra jurídica para a qual foi adequado (= suficiente e não-excedente) o novo suporte fátíco. Passa-se o mesmo se A diz que vende, ou que troca. O fim, aí, faz-se revelar como o que induziu (causa) o declarante ao negócio jurídico. Com isso, fica escolhido o caráter jurídico da atribuição, a categoria jurídica causal. Noutros termos: com isso. precisa-se qual o suporte fático e sob qual regra jurídica ele fica; porquanto as regras jurídicas só incidem sobre suportes fáticos que elas prevêem. Assim, quem vai levar a cabo negócio jurídico, pode dizer que, conhecendo, de antemão, o suporte fático, em que entra a sua declaração ou manifestação de vontade, vai procurar a regra jurídica para a qual seja ele adequado. Desde o momento em que o suporte fático se compôs, seria errado dizerse que o declarante ou manifestante da vontade procura a regra jurídica para a qual ele seja adequado; o declarante ou manifestante procura saber qual foi a regra jurídica que sobre ele incidiu.

(O que em geral se diz sobre a declaração de vontade também se há de entender para aquelas espécies em que a manifestação de vontade não-declarada é suporte fático suficiente dos negócios jurídicos.) 2. Causa e suporte fâtico. Na operação de inserção no suporte fático. viu L. Enneccerus *(Lebrbucb.* 1. *1.* 362) convencão de fim (Zrveckvereinbarung). Levou-o a isso A. von Tuhr (Der AI/gemeine TeU, III. *1,* 81) e a esse K. Hellwíg (Die k/ertrâge *auf* Leistung *au Dritte,* 341). Se vemos a declaração de vontade, ou a manifestação de vontade como suficiente, não devemos falar de convenção de fim ou causal, tanto mais quanto, de ordinário (e L. Enueccerus fez ser regra a exceção), a causa está inserta na declaração, OLI manifestação de vontade suficiente, sem ser necessario explícitá-la em separado; só a explicitação em separado justificaria que se pensasse em convenção de fim, ou "convenção de causa", em acordo sobre a causa. Quem doa, ainda se não usa dessa expressão, não faz convenção de fim ou causal; em doar está a causa, que é a causa donandi. O acordo é implícito. Quem, com o seu negócio jurídico, solve, não faz convenção de fim ou causal; no solver está a causa. que é a causa *solvendi.* Diga-se o mesmo

a propósito das outras causas (causa novandi, *causa* dotis constituendae, causa condicionis *implendae.* causa debendi). Por outro lado, a causa pode estar no suporte fático de negócio jurídico unilateral (e.g., nas promessas de recompensa, no negócio jurídico de fundação).

3. Negócios jurídicos causais e negócios jurídicos abstratos. Pretendeu-se, aqui e ali, que a distinção entre os negócios jurídicos causais e os negócios jurídicos abstratos está superada. A ciencia jurídica já a haveria relegado, bem como ao conceito de causa. Aludiu-se mesmo a que havia, nos negócios jurídicos que se diziam abstratos, negócio jurídico básico (subjacente), de que aqueles seriam auxiliares. Em parte, verdade; porque há negócios jurídicos abstratos que têm esses negócios jurídicos básicos. N"las há-os sem esses, o que torna imprestável a construção. E há negócios jurídicos auxiliares que não são abstratos (e.g., a fiança e o penhor) e até negócios jurídicos auxiliares de outros negócios jurídicos auxiliares (fiança de promessa de pagamento). Se há negócio jurídico básico, não é esse, sempre, causa. Mais: rarissimamente o é. A locação não é a causa da fiança. Assim, sena razão. Karl Wieland *(I)er* Wechse/ und seine civilrecbt/ ichen Grundlagen, 9 s.), E. Stampe (Das *Causa-Problemc,* 30 s.) e M. Rúmelin (Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des 808, Archiv *fOr* die civilistische *Praxis,* 97. 218). Clovís Bevilacqua (Código Civi/ Comentado, 1, 359). Hostil à noção de causa, afirmara que o Código Civil alemão não mencionou a causa entre os requisitos dos atos jurídicos. Lá está o § 812. verbis "ohne rechtlichen Crund". O Código suíço das Obrigaçóes, art. 62, também fala de causa da atribuição.

4.

Causa e negócio causal. *a)* Se o negócio jurídico é tal que a causa está inserta extrínsecamente. ou a escolha da categoria jurídica implicou escolha de suporte fático em que a causa se insere na declaração, ou manifestação de vontade suficiente, diz-se que o negócio jurídico é *causal.* Os contratos são, de regra, negócios jurídicos causais. b) Se o negócio jurídico é tal que se abstrai do fim, ainda se existiu como motivo, esse fim não entrou no suporte fático e, pois, não penetrou no mundo jurídico: o negócio jurídico é acausal; é negócio jurídico abstrato. Na declaraçao ou manifestação de vontade, ou nas declaraçôes ou manifestações de vontade, se se trata de contrato, não

está o elemento tático do fim. Mediante esse esvaziamento do suporte fático, a ponto de reduzi-lo à declaração ou manifestação de vontade sem alusão à causa. os negócios jurídicos ganham certa pureza superficial, certa visibilidade e segurança, que lhes facilitam a circulação. ao mesmo tempo que se permite não se levar em conta a origem deles, o cordão umbilical com o declarante ou manifestante, ou declarantes ou manifestantes das vontades. c) Entre as classes de negócios jurídicos, está a daqueles em que a causa se pode, ou não , achar neles, isto é, a daqueles em que a causa precisaria de explicitação em separado, para ser inserta na declaração ou manifestação de vontade. Só a esses, quando bilaterais, se pode referir qualquer acordo causal (Kausa/vereinbarung) ou acordo sobre a causa (Einigung Ober die causa), como conceito à parte.

Se à tradição do bem móvel, como elemento de transferência da propriedade, foi unida a causa, como elemento do suporte fátíco. o negócio jurídico, que seria abstrato, fez-se causal: então, a convenção causal opera como condicio in praesens collata (condição da eficácia do negócio jurídico de transmissão ou constituição). Se a tradição mesma está inseparável do titulo, incide a regra jurídica no art. 622. parágrafo único.

Aliás, as nulidades e anulabilidades concernentes ao negócio jurídico causal não atingem, de regra, o negócio jurídico da transmissão ou constituição.

5.

Negócios jurídicos abstratos. Os negócios *para* disposição ou de disposição (o acordo de transmissão da propriedade imobiliária, os negócios jurídicos pelos quais se constituem, extinguem ou traspassam direitos reais, a cessão de crédito, a remissão de divida, a assunção de dívida, a promessa abstrata de dívida, o reconhecimento de dívida, os títulos ao portador e outros negócios jurídicos obrígacionaís) são negócios jurídicos abstratos. Também são abstratos os negócios jurídicos cambiários. Não se pode descer a causa, porque o suporte fático não a teve, nem na tem. Pode A discutir se houve venda e compra. ou não , entre ele e B, que pensou em troca; não se pode discutir se o ato de transmissão do bem imóvel (ou a tradição do móvel) teve causa (ainda se proibida ou imoral). Nem se o título ao portador. ou cambiário, teve causa (ainda se proibida ou imoral).

Se (a) o negócio jurídico é causal, em princípio, ou se (b) se poderia formar com causa, a sorte dele é diferente no caso de não ter havido, no suporte fático, a causa: na espécie *(a).* o suporte tático devia ter esse elemento, sem o qual seria deficiente e, pois, seria anulável o negócio jurídico, pelo vício de erro, ou não se formou o contrato, ou outro negócio jurídico bilateral, ou há pretensão a devolução pelo enriquecimento injustificado (condictio). O problema não é tão simples quanto pareceu a A. von Tuhr (Der AI/gemeine *Tci/.*

III, 62) e a L. Enneccerus (Lehrbuch. 1, *1,* 363), ao dizerem que, se não houve acordo, o negócio jurídico causal é nu/o. Os juristas fogem, de ordinário, ao exame do que se passa se não houve aceitação, ou se houve *parcia/,* quanto à causa. Não há dificuldade quanto à oferta, toda, se se responde não": nada feito. Não há nulidade; estamos no plano da inexistência, onde discutir se se há validade, ou nulidade, ou anulabilidade, ou rescindíbílidade , seria sem sentido. Se a aceitação foi parcial e não se exclui a causa. tudo se resolve segundo as regras jurídicas respectivas. Se a aceitação errou quanto à causa, o que interessa á natureza do ato (Código Civil, art. 87. 1ª parte), o caso é de anulabilidade. Tal ação não exclui a condictio do art. 964. nem a condictio é subsidiária de qualquer outra ação (e.g.. a de atos ilícitos).

Se (a) o negócio jurídico é causal, em princípio, ou se (b) se poderia formar com causa, a sorte dele é diferente no caso de não ter havido, no suporte fátíco, a causa: na espécie *(a),* o suporte fático devia ter esse elemento, sem o qual seria deficiente e. pois. seria anulável o negócio jurídico, pelo vício de erro, ou não se formou o contrato, ou outro negócio jurídico bilateral, ou há pretensão a devolução pelo enriquecimento injustificado (condictio). O problema não é tão simples quanto pareceu a A. von Tuhr (Der A/lgemeine *Tei/,* III, 62) e a L. Enneccerus (Lehrbuch, 1, 1. 363), ao dizerem que, se não houve acordo, o negócio jurídico causal é nulo. Os juristas fogem, de ordinário, ao exame do que se passa se não houve aceitação, ou se houve parcial, quanto à *causa.* Não há dificuldade quanto à oferta, toda, se se responde "não": nada feito. Não há nulidade; estamos no plano da inexistência. onde discutir-se se há validade, ou nulidade, ou anulabilidade, ou rescindibilidade, seria sem sentido. Se a aceitação foi parcial e não se exclui a causa, tudo se resolve segundo as regras jurídicas respectivas. Se a aceitação errou quanto à causa, „o que interessa à natureza do ato" (Código Civil, art. 87, 1ª parte), o caso é de anulabilidade. Tal ação não exclui a condictio do art. 964, nem a condictio é subsidiária de qualquer outra ação (e.g., a de atos ilícitos), A respeito dos negócios jurídicos abstratos é preciso, para que deles se trate, que se tenha especifícamente querido negócio jurídico que é

necessariamente abstrato, ou que possa ser abstrato. ou que se tenha manifestado vontade de tal modo que não se possa interpretar o negócio jurídico, suscetível de abstração. como causal (= não se manifestou causa). Não pode o intérprete ou o juiz ir apontar causa com a alegação de que o devedor não sabia que abstratamente se vinculava. Se não houve manifestação de vontade, de que resulte ser causal o negócio jurídico, houve abstração. Abstraiu-se da causa. Se se abstraiu da causa, não pode o intérprete ou o juiz buscar, sob o manifestado, o que não se manifestou (cf. M. Rbmelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntníssen. Archiv *for* die civi/istische *Praxis,* 97, 244; FÃ. Degenkolb, Zur Konstruktion und Systematik des Schuldversprechens. iherings *iahrbOcher,* 56, 196 e 243: L, Briiitt. Die *abstrakte* Forderung. 117). Surge a questão de se saber se, não se tendo mencionado causa, pode o devedor dar prova de que houve causa (= não se teve a intenção de criar obrigação abstrata).

Ora, tal intenção não foi, ex hypothesi. manifestada; explorar a intenção do que se manifestou é dever do intérprete ou do juiz (art. 85), não procurar intenção do que não se manifestou. A discussão a respeito parte de premissas falsas: o devedor, que não manifestou a causa, pode provar que existiu; a causa pode ter sido querida sem se haver manifestado. Ambas inadmissíveis; porque: se o devedor pode provar que houve causa, é que essa vontade se manifestou, pelo menos, em fatos concludentes, e então prova ele o que manifestou; se a causa foi querida sem se haver manifestado, é que se abstraiu da causa. Não resta ao devedor que a pretensão à restituição por enriquecimento injustificado.

De regra, as atribuições patrimoniais são causais. há acordo sobre a causa no momento em que se perfaz o negócio jurídico de atribuição patrimonial. Mas, se o acordo é posterior. logicamente , à conclusão do contrato, a causa é do contrato, e não do que sobreveio a ele. No "vendo e transfiro a casa C". o vender" é causal e o „transferir" abstrato. A transferência da propriedade é abstrata. A constituição, extinção e transferência dos outros direitos reais são abstratas, inclusive em se tratando de propriedade científica,,~

literária e industrial. A remissão, a cessão de crédito (mas o pactum de cedendo é causal) e o endosso são abstratos. A disposição do crédito pelo que alega compensação e causal. A transação é causal. A discussão sobre ser causal ou abstrata a adjunção, a comistão e a especificação revela, em quem a sustenta, parca e defeituosa cultura jurídica; porque não se pode pensar era causa em se tratando de atos-

fatos uridicos.

Uma das conseqüências da abstração que há nos atos dispositivos está em que não há ineficácia deles se o disponente cria que existira negócio jurídico causal, subjacente. ou se o disponente esperava que sobreviesse negócio jurídico. Se A dispõe do relógio a favor de C, crendo que B, pai de C, o compraria para C e B não no compra, A não pode pedir o relógio a C, alegando que tal negócio jurídico não aconteceu.

Nem C tem de restituir a A a mesada que recebeu de A, se esse pensava que B lhe havia remetido fundos suficientes. Isso não quer dizer que não possa ser condicional, ou a termo, a atribuição, se não há. para a espécie, incondicionalidade ou inatermabilidade (e.g., quanto a registro e bem imóvel).

Se a atribuição é feita concomitantemente com a determinação da causa (e.g., tradição so/vendi ou donandi causa), pode dar-se concretização: não há aceitação ou recusa separadas. Se A entrega a coisa a C

em prestação da mesada, mas avisando de que, se não vierem os fundos. C recebe como empréstimo. e C

pudesse aceitar a entrega (tradição) sem aceitar o empréstimo condicional, estabelecer-se-ia dissensus in causa quando C repelisse a oferta de empréstimo. Aqui, convém lembrar a L. 18. D., de rebus creditis. 12. 1, e a L. 36. D.. de adquirendo rerum dominio, 41, 1. que se apontaram como contraditórias. Cumpre que não se tenha por dissensus in causa o que é consenso errôneo (= o destinatário interpretou erroneamente a oferta).

A transmissão da propriedade imobiliária, essa, é sempre abstrata.

Há-se de entender, ainda na dúvida, que a atribuição foi abstrata e não houve qualquer condição. Por isso, o incapaz adquire a propriedade, ainda que, solvendi causa, não exista o crédito. Se a prestacão foi condicionis implendae causa, a aquisição operou-se, ainda que a condição não se venha a cumprir ou seja inválido o negócio jurídico. A prestação. no contrato bilateral. é adquirida, ainda que não se satisfaça a contraprestação. Mas pode ser eliminada, expressamente, a abstração, se, na espécie, não é ineliminável.

Porque tudo isso se pode dar pensou-se na condicão (pretensão de enriquecimento injustificado): houve a atribuição patrimonial abstrata: a causa não pode atingi-la; então, restabelece-se a ordem justa das relações humanas pelo nascimento da pretensão ao enriquecimento. Se a atribuição patrimonial não tivesse sido válida e eficaz, não se precisaria pensar em pretensão de enriquecimento iniustificado: não teria havido enriquecimento. A atribuição patrimonial abstrata permite que haja. em alguns casos, enriquecimento injustificado. Dai a necessidade, para esses casos. da pretensão de enriquecimento iniustíficado, da condictio. O direito romano e o direito hodierno tiveram as suas razões técnicas para essa solução (e.g., é preciso que o devedor cuja dívida foi objeto de cessão de crédito só tenha de examinar a cessão mesma, e nao o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente). Nem seria de admitir-se que A, que alienou a B, pudesse alegar, contra a invalidade da fiança a B, fundada em negócio jurídico subjacente ou sobrejacente entre A e B, que C não era obrigado a conhecer quando adquiriu de B. As ações de invalidade contra B são ações de A contra B. e não contra C; são ações entre figurantes. Por isso mesmo. ainda que a coisa alienada se ache no patrimônio de B, a ação de enriquecimento não a apanha, e pessoal: se sobrevém insolvência, ou falência, já está na massa concursal o bem adquirido, sem que a ação de enriquecimento injustificado possa ir buscá-lo.

A stipulatio foi promessa abstrata. Quando sobreveio a exceptio non nuineratae pecuniae, tornou-se causal. No direito contemporâneo, os títulos cambiários e os cambiariformes são oriundos de promessas abstratas. No direito comum, a tal ponto se hostilizou a abstração que se exigiu aos instrumentos dos ne-gócios jurídicos a menção da causa (cautio discreta). Somente com O. Bahr, em 1855, se proclamou a validade e eficácia dos instrumentos em que não se mencionasse e se abstraisse (cautio indiscreta); de modo que os créditos nascessem sem ligação à causa. Não se há de construir tal abstração com o importando somente em inversão do ônus da prova (sem razão, F. K. Neubeclcer. Der abstralcte Vertrag, Archiv *for* Borgerliches Recht, 22, 39: certo, 1-1. Degenholb. Zur Konstruktíon und Svstematih des Schuldversprechens, Jherings *Jahrbúcher,* 56, 201: L. Briitt, Die abstrakte Forderung. 67). A abstração é tipicamente pré-exclusão da causa, segundo a explicação genial de O. Bahr: nascem a dívida e a obrigação, sem que se pense em (= abstraindo-se de) qualquer relação jurídica subjacente, ou sobrejacente. Dá-se o mesmo com o reconhecimento abstrato de divida, com o título ao portador e os títulos cambiários e cambiariformes. O objeto prometido pode ser

dinheiro, bens fungíveis, ou coisa certa e determinada individualmente, ou liberação de dívida (e.g., a promessa de reparação de dano, que de ordinário é causal). A promessa abstrata pode ser condicional, ou a termo; mas, se a condicão é a existência, ou a existência e validade, ou a eficácia de relação jurídica subjacente. ou sobrejacente. não há abstração (contraditório, (3.

Planch, Konimentar, II, 855 s.). A condição pode ser fato do credor ou de terceiro, inclusive daquele a favor de quem se faz a promessa, desde que essa não se torne contrato bilateral e se encha de causa. Se é isso que ocorre, há a exceção non adimpleti controctus (art. 1.092) e a resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único).

Dificilmente se consegue separar sem a forma escrita, o negócio jurídico e o que seria a sua causa. Mas não há regra que exija, em todas as espécies. a forma escrita. A promessa de recompensa pode ser oral, ou por meio de radiocomunicação . ou televisão com voz.

O reconhecimento do saldo em si é abstrato. Somente pela condictio se poderia pedir o que se prestou.

por erro, dando ensejo a enriquecimento injustificado.

Se o negócio jurídico é causal. — ou declara, ou constitui, ou por ele se manda, ou condena, ou se executa. O reconhecimento causal tem efeito de provar o negócio jurídico a que se refere, ou a relação jurídica oriunda de outro fato jurídico, e de interromper a prescrição , mas é outro negócio jurídico, talvez modificativo em algum ponto. inclusive a renúncia a alguma pretensão, ou excecão . ou a direito formativo, ou expectativo. Se a promessa é de adimplir dever moral, ou obrigação natural, a que alude, é sempre causal, ainda que se diga: A promete, sem discutir, que pagará a B a quantia tal, que dizem ser devida por ele, pelo bem que C, pai de B. lhe fez (discordantes entre si, quanto à abstração em reconhecimento que se refira a dever moral, ou obrigação natural. afirmativamente, E Klingmúllen Die Lehre uon den natúr/icben klerbind/ichkeiten, 241, e. Lvi. Rõmelin, Zur Lehre von den Scbu/dversprecben und Schuldanerkenntnissen.

97. 304; negativamente. com razão. L. Brútt. Die *abstrakte* Eorderung. 114 s.. e A. von Tuhr. Der AI/gemeine *Tei/*. III, 120). Para que a promessa seja abstrata é preciso que não haja referência ao dever moral ou á obrigação natural.

Possivel que haja dúvida, para o intérprete, ou juiz. sobre se ter ou não manifestado a causa. Quid iuris?

Se a dúvida é vencível, por poder o devedor mostrar a causa, ou poder mostrar a causa ilícita quem seja legitimado a fazê-lo, desaparece a dúvida; e é causal o negócio jurídico: a manifestação houve, por fatos concludentes. Se a dúvida é invencível, não há pensar-se em qualquer manifestação de vontade sobre a causa. O negócio jurídico foi abstrato. Não seria possível a sentença favorável na ação declaratória em que se pedisse a declaração de relação jurídica abstrata (M. Rúmelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen, Jherings JahrbOcher, 97, 332; L. Brútt, Die abstrakte Forderung, 97; H. Degenkolb, Zur Konstruktion und Svstematil□ des Schuldversprechens, Jherinqs *Jahrbúcher,* 56, 199). Argumenta-se que, se há dúvida, é que não se pode provar a causa e não se justifica que, por isso, se imponha ao devedor ser abstrata a divida (A.

von Tuhr. Der AI/gemeine *Tei/,* III. 121). Mas ~qual a causa, se não se pode provar ter existido?

Se o instrumento deixa perceber-se a causa e não se pode negar a existência da referência à causa, pode alegar-se e provar se que houve erro, ou que a causa não ocorreu: e.g.. respectiva-mente, A assinou o contrato de locação, em vez de assinar o contrato de compra das benfeitorias, ou A e B assinaram o contrato de locação, se bem que já estivesse destruído o prédio. Na última espécie, há escritores que falam de causa fictícia, que — se ambos os contraentes a conheciam — é nenhuma (= o crédito éabstrato). Mas essa opinião de M. Rúmelin (Zur Lebre von den Schuldversprechen, iberings JahrbOcber. 97. 255; 98, 310) é de receber-se, cautelosamente, porque, diante da prova, a causa ou se prova fingida, e não foi causa, ou não se prova ter sido fingida. Não se pode sair daí. Não se confunda a espécie com a prova do mútuo “a tempo zero”, isto é, o mútuo que se perfaz com o ato simultâneo de pagamento do que é devido e assunção de obrigação (e.g., o devedor do preço da venda e compra paga-o. assinando instrumento de mútuo, o mútuo é aceito como dacão em soluto). O crédito abstrato acrescenta algo ao patrimônio do credor. Apenas não se liga a causa. Em si mesmo, foi prestação, se havia dever ou obrigação, anterior, de promessa abstrata (e.g., A e B acordaram em que B pagaria a A em notas promissórias). Aí. a prestação é em crédito. em vez de em coisa, razão por que se pretendeu considerá-la prestação pessoal, junto a essa, que seria chamada prestação real (A. von Tuhr. Zur Lebre uon den abstrakten Schulduertràgen. 6). Aliás, a dação de crédito, em vez de dação da res. não torna diferentes, quanto

á prestação, o crédito abstrato e o causal: o que foi prestação em crédito foi a prestação do crédito anterior.

Tem-se ainda de frisar que o crédito abstrato não é crédito para o qual não tenha havido causa. E crédito em que se abstraiu da causa: por isso, é dito crédito abstrato. A causa há de ter existido. embora sem se manifestar Quem entrega nota promissória, ou aceita letra de cambio , deve ter para chegar a isso, tomado de empréstimo, ou adimplido algum dever ou doado, ou ir tomar de empréstimo, ou adimplir algum dever.

ou doar Por conseguinte, se se cumpre a promessa abstrata, pode sobrevir ação de enriquecimento injustificado, dado que ocorram os pressupostos.

A dívida abstrata pode ter sido posta no lugar da dívida causal, por ter sido o meio para satisfazer o crédito que correspondia a essa, ou apenas ser posta em lugar do pagamento, dando-se duplicidade de dívida, com alternatividade: satisfeito o crédito abstrato, extingue-se o outro; porém, satisfeito o crédito causal, não se extingue ipso iure o crédito abstrato, — esse subsiste e o devedor que paga, tem a ação de enriquecimento indevido; ou se defende na ação de cobrança. com a alegação de já estar satisfeito o devedor, mas é preciso que se trate de pessoas em contacto entre as quais possa vir à tona o negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Cumpre. ainda, advertir-se em que, se o crédito abstrato é a prazo, antes de ser exigível o crédito abstrato não pode o credor exigir o crédito causal, porque nasce ao devedor, com o crédito abstrato a prazo. exceção dilatória contra o credor Tais créditos, causal e abstrato, podem ser cedidos separadamente. o que de modo nenhum muda a situação deles, pois a mudança resultaria da impossibilidade da excecão a terceiro (e.g., endossatário da letra de câmbio, ou nota promissória, ou titulo cambíariforme).

Em todas essas espécies, a promessa abstrata é incólume à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Pode nascer ação de enriquecimento injustificaclo. mas isso é outra questão. Se o devedor do crédito abstrato solve a dívida oriunda de negócio jurídico (subjacente ou sobrejacente) nulo, ou anulado, ou ineficaz, tem o devedor a ação de enriquecimento injustificado. mas, se ainda não o solveu, tem ele condíctio liberationis (L. 1. pr., D., de condictione sine causa, 12, 7: Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum"); pela qual pede a devolução do título e ineficacização da promessa abstrata (que A. von

Tuhr Zur Lebre der abstrakten Schulduertràgen, 7, sem razão, considerava remissão). A condictio, que nasce, é em virtude do princípio Dolo facit qui petit quod redditurus est; não é só exceção (nem se pense em exceção que permanece depois de prescrita a pretensão de enriquecimento; sem razão, A. von Tuhr, Der A// gemeine Tei/, III, 127). A condíctio /íberationis pode ser posta em ação declarativa negativa da eficácia da promessa abstrata, salvo se.

na espécie, a relação jurídica causal (subjacente ou sobrejacente) não pode vir a exame. Nesses termos fica superada a discussão da doutrina atual a respeito, L. Brútt, Die *abstrakte* Forderung. 121, e K. Schneider, Treu und G/auben, 156). Nos casos em que o devedor pode ir com a ação de enriquecimento injustificado, tem de alegar e provar que o crédito abstrato não tem causa e teria de ter causa e não teve, produzindo enriquecimento sem causa, mas há a satisfazerem-se outros pressupostos da condictio, como o erro.

Se o crédito abstrato foi para solver dívida de objeto ilícito, pode ser exercida a condictio /iberationis, embora não pudesse ser repetido o pagamento. se tivesse havido, sem ser por meio do crédito abstrato. Se o devedor paga a dívida abstrata, não há repetição (art. 971). Se o crédito foi cedido, o cessionário é exposto a devolver aquilo com que se enriqueceu; não o endossatário de boa-fé do título ao portador, ou do título cambiário. ou cambiariforme. salvo segundo as regras jurídicas espécies do enriquecimento (injustificado) cambiário ou cambiariforme.

Se A dá ordem a C para se obrigar a B. a promessa de C a B é abstrata. Se C promete a B, por conta de A, o crédito de B é causal.

6. Figurantes do elemento causal ou do acordo causal. São figurantes, no que concerne à causa, o outorgante para disposição ou de disposição e o outorgado. Aquele elemento e esse acordo podem ser anteriores, contemporâneos , ou posteriores, ali ao resto do suporte fático, e aqui ao negócio para disposição ou de disposição. Porém nem sempre os figurantes são o outorgado e o outorgante do acordo para dispor ou do ato dispositivo. Tal se passa, por exemplo, se C entrega a A coisa sua, por ordem de B: C, que talvez não saiba qual a causa, transmite, sem ter causa o seu ato de disposição, posto que a tenham o negócio jurídico entre A e B e o negócio jurídico entre B e C. Note-se que. nesses casos, a transmissão da propriedade, negócio jurídico abstrato entre C e B, é elemento do suporte fático do negócio jurídico causal entre A e B.

Ás vezes, há muitos negócios jurídicos abstratos e muitos negócios jurídicos causais, sendo aqueles ou alguns daqueles, ou aqueles e alguns desses, elementos do suporte fático de alguns desses.

§ 271. Negócios jurídicos fiduciários

1. Conceito de fidúcia e de negócio jurídico fiduciário. Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário, Exemplos: A transmite a C, para que C transmita a B; A transmite a B, para que B administre; A cede a C crédito contra B, para que o cobre a B. O outro fim e, aí, heterotópico: está fora do negócio jurídico de transmissão. Não se confunde com o negócio jurídico simulado, porque o fim do negócio jurídico simulado foi querido, ao passo que, na fidúcia, se quer o outro fim. Ao fiduciário transmite-se o bem da vida, posto que, em virtude da natureza do negócio juridico fiduciário, só lhe caiba proceder de acordo com a lei, se essa previu a figura jurídica, ou de acordo com as declarações ou manifestações de vontade que lhe confiaram o outro fim.

O elemento novo, que há no negócio jurídico fiduciário, é a confiança, a fidúcia (em sentido pós-romano). Aquele a quem se fez a transmissão. — posto que tenha todos os poderes e faculdades do adquirente e. pois, do proprietário, — diante do transmitente, está obrigado a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia. inclusive, se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu. Há, porém, figuras jurídicas, que se assemelham, sem se identificarem, com as dos negócios jurídicos fiduciários: quem adquire de alguém por conta de outrem, se bem que, aí, haja as três figuras que soem aparecer nos negócios jurídicos fiduciários, não recebe fidúcia (confiança) de quem transmite e adquire por conta de terceiro. em vez de adquirir para fim de cuja realização o incumbiu o transmitente. Ai, há representação indireta, ou preposição de pessoa; não fidúcia. A fundação ligada, ou não-autônoma, é aquela em que, faltando-lhe personalidade, os bens são atribuídos a fins, que outras pessoas (sociedades civis, ou fundaçoes. ou pessoas jurídicas de direito público) têm de realizar. Não se pode ver nelas, negócio jurídico fiduciário; não são

“fundações”, no sentido de personalidades jurídicas,

2. Lei e negócio jurídico fiduciário. Se a regra jurídica prevê, explicitamente, a categoria jurídica do negócio jurídico fíduciario. como acontece com os fideicomissos, tudo se passa em termos de interpretação, incidência e aplicação da lei. Se não há regra jurídica especial. ou que possa ser regra entendida como permissiva dos negócios jurídicos fiduciários, o primeiro problema é o de se saber se existem, ou não, no sistema jurídico, negócios jurídicos fiduciários. Diante da formação e estrutura dos negócios jurídicos, ou (a) se exige que, ao se compor, com declaração ou manifestação de vontade, o suporte fático dos negócios jurídicos ,~sejam queridos o negócio juridico e a sua eficácia jurídica e econômica adequada; ou *(b)* se permite que no suporte fático do negócio jurídico estejam a vontade do negócio jurídico e a da sua eficácia jurídica ou dessa e da eficácia econômica sobre as quais as declarações Oh manifestaçôes de vontade acordaram. Logicamente. quem exige a correspondência entre o fim do negócio jurídico e a conseqüência econômica é levado a negar que os sistemas jurídicos comportem o negócio juridico fiduciário. Ainda é de entender-se (c) que basta querer-se o negócio jurídico, pois que nele está, ou não, o fim, porém pode-se modificar a sua eficácia jurídica (regras dispositivas ou interpretativas, que se afastem) e querer-se outro fim, como consequência econômica.

No negócio jurídico fiduciário, o fim é o fim próprio do negócio, mas há outro que coincide ser o fim econômico. Dá-se, então, diferenciação entre o fim técnico do negócio jurídico e o fim posterior, econômico.

Satisfaz-se à técnica, mas quer-se algo mais, *plus,* que não está no negócio jurídico. Em verdade, negócio jurídico fiduciário é negócio jurídico + fidúcia. A relação jurídica daquele é uma (A); a da fidúcia é outra (B). Essa é que faz o fiduciário ter o dever e a obrigação de exercer os seus direitos, oriundos da relação jurídica (A), tal como lhe ficou confiado na relação jurídica (B). Foi E. Regelsberger, em 1880 (Zwe i Beitráge zur Lehre von der Cession, Archiv fúr die civilistische Praxis. 63, 173), quem designou tais negócios jurídicos como negócios jurídicos fiduciários, para substituir a expressão de 1 Kohler (Studien Ober Mentalreservation und Símulation, *Jahrbúcher fúr* die Dogmatik, 16, 140) “negócio encoberto” (verdektes Geschãft), não só porque o negócio da transmissão não é encoberto, nem encobre, como porque na expressão caberiam negócios simulados. Melhor seria dizerem-se “negócios jurídicos com fidúcia”, para se frisar a dualidade de relações jurídicas. Ao lado da relação jurídica, oriunda da aquisição, está a relação jurídica de fidúcia, entre o fiduciante e o fiduciário.

3.

Reminiscências da fidúcia. A fidúcia regulada em lei apaga-se de certo modo a si mesma. Apenas alude a que, nas origens do instituto, ela esteve; não está mais. A confiança, que é ato de confidare (latim popular, em vez de fidere) é entre declarantes ou manifestantes de vontade, um dos quais confia (espera) que o outro se conduza como ele deseja, e pois tem fé (fidúcia); à diferença da fiança, que é prestação de fé. Se a lei transforma esse material de confiança, criado no terreno deixado á autonomia das vontades, e o faz conteúdo de regras jurídicas cogentes, a fidúcia passa a ser elemento puramente histórico do instituto, salvo no ato mesmo de se escolher a categoria. Foi o que se passou com os testamenteiros e outros administradores de patrimônio alheio.

4.

Transmissão fiduciária. — A transmissão fiduciária pode ser do domínio, de parte ideal, de parte pra divisa, de algum direito real (e.g., usufruto, renda sobre imóveis), de posse, de créditos, de direitos formativos, de direitos sobre coisas imateriais, de ações; e consistir em assunção de obrigações abstratas. Já A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* III. 187, nota 8) observara que a assunção de obrigação causal para fim fiduciário não é possível conceber se (e.g., se prometo doar para que o promissário, ao receber a coisa, ma devolva, ou a transfira a outrem, há mútuo, ou comodato, e não fidúcia); porém sem razão: pode A prometer doar a 8 com o fim de garantia real.

A transmissão pode ser somente da posse direta ou da indireta. Também basta a concessão de poder irrevogável. ou a procuração em causa própria, ou a cessão da pretensão à restituição da coisa (art. 621), ou pela aquisição da propriedade para tornar eficaz a aquisição pelo fiduciário ao fiduciante não-dono (art.

622), ou pelo constituto possessório (arts. 494,1V, e 520, V).

O

usufruto de coisas consumíveis (art. 726) não é negócio jurídico fiduciário: é o usufruto impróprio, originado de senatusconsulto de

época incerta (L. 1, D., de usu fructu earum rerum, quae usu cansumatur *vel* minuuntur, 7, 5), instituto que foi sugerido pela natureza das coisas usufruidas «3. Hanauseck, Die *Lehre* mm uneigentlichen Niessbrauch, 15).

§ 272. As relações jurídicas na fidúcia

1.

Fiduciante e fiduciária. A relação jurídica entre o fiduciante e o fiduciário de modo nenhum atinge a relação jurídica do fiduciário com terceiros, quer se trate de sujeito passivo total, quer não o devedor do crédito cedido). A relação jurídica de fidúcia é pessoal e somente estende a terceiros a sua eficácia segundo os princípios que regem. de ordinário ou de maneira especial. a extensão. Os direitos, formados ou formativos, que entram, com a aquisição. no patrimônio do fiduciário, podem ser objeto de execução por parte dos seus credores, inclusive execução concursal. Mas. de acordo com os princípios, o fiduciante é credor concursal. ou o e o terceiro a quem deve ser devolvido o bem da vida, pelo seu direito à devolução. O

direito à separação ou restituição da coisa (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-79), ou a pretensão à execução por coisa certa (Código de Processo Civil, arts. 621-628) só existe se a transferência se deu sob condição resolutiva e essa se realizou. Na execução concursal do fiduciante. o fiduciário pode exercer o seu direito á restituição ou separação, salvo se o alcança alguma regra jurídica dos arts. *52*- 58 do Decreto-Lei nº 7.661. de 21 de junho de 1945. Se a transmissão foi para garantia, o credor fiduciário tem direito à restituicão, ou separação, quanto a todo o objeto, enquanto não se lhe paga a dívida. O síndico da execução concursal apenas pode exigir que se venda o bem e se entregue o resto à massa concursal. O

mesmo há-se de observar quanto à cessão de crédito para garantia: o crédito não entra no concurso, porque não é mais do fiduciante, posto que o resto do que se apurar se haja de entregar à massa concursal. Num e noutro caso, a venda do bem ou a cobranca do crédito não é feita pelo síndico.

2.

Posição jurídica do fiduciário. A fidúcia não restringe a posição jurídica do fiduciário, porque tudo se passa. quanto a ela, no plano da relação jurídica pessoal. Nem se pense em que a propriedade dele se torna formal, ou que se cinde a propriedade em aparente e real, ou em jurídica (com o fiduciário) e econômica (com o fiduciante ou com outrem que a tenha de receber). Basta lembrar se a E Regelsberger e O. Wendt, ao interpretarem a fiducia cura arnica („qua tutius res nostrae apud eum sint"), como dizia Gaio, II. 60, e o que escreveu L. Brútt (Die ahstrakte Forderung, 7). para se ter a amostra de quanto se desconhecia a natureza do negócio jurídico fiduciário com as suas duas relações jurídicas distintas. Quis-se reduzir o fiduciário a simples proprietário formal ou mandatário para cobrança do crédito. Distinção entre propriedade formal e propriedade material ou econômica seria novidade no direito. Tentou Martin Wolff *(Lehrbuch.* III, 304) explicar a transmissão com fidúcia (para garantia ou administração) como sendo o fiduciário o proprietário.

exceto o fiduciante, de modo que esse continua, perante o fiduciário, como proprietário, a ponto de se ter de reconhecer o direito a separar da massa a coisa alienada para outro fim. Porém a espécie não é, de maneira nenhuma, semelhante à da alienação em fraude de execução ou em fraude de outra medida judicial constritiva, pois que qualquer dessas vale e apenas é ineficaz para o exeqúente ou o beneficiado pela medida judicial constritíva. O fiduciário é o proprietário perante todos, inclusive o fiduciante: e nisso o negócio jurídico fiduciário distingue-se do negócio jurídico simulado. Quanto à cessão de crédito. ou há cessão, ou não há; se a fidúcia entrasse na relação jurídica da cessão, modificá-la-ia isso não ocorre; não há figura intermédia, esbatida, entre a cessão de crédito e o mandato, que pudesse ser a que resultaria da relação jurídica única em que a transmissão e a fidúcia se fundissem; a fusão não se dá; o fiduciante quis alienar, ceder, e quis a fidúcia. As duas vontades, distintas, são objeto de declarações ou manifestações que entram no suporte fático do negócio jurídico, porém não fundem as duas relações jurídicas, resultantes de regras jurídicas diferentes, que incidem sobre as duas declarações ou manifestações de vontade. O negócio jurídico (se o preferimos ver como unidade). Essa unidade só existe como unificação que a vida sugeriu. A unificação das relações jurídicas, essa, a vida não a pode sugerir, salvo ao legislador Não há regra jurídica que trate as declarações ou manifestações de vontade fiduciárias como uma só declaração e as duas relações jurídicas como uma só. Onde a lei chega a esse ponto, o elemento de fidúcia passa a ser só histórico, porque se integrou no suporte fático da regra jurídica que o preve.

§ 273. Atribuição patrimonial fiduciária

1.

Atribuição patrimonial e fidúcia. A atribuição patrimonial, a que se une a fidúcia, tem de obedecer aos mesmos princípios jurídicos e regras jurídicas, que incidiriam, se concebida fosse sem fidúcia: quanto ao suporte fático, quanto à forma e quanto à eficácia. Se se trata de propriedade imobiliária, as formalidades instrumentais e de registro são de exigir-se; se se trata de bens móveis, o ato dispositivo e a tradição, com a exigência de registro para os efeitos contra terceiros, se preciso for; se é de créditos e outros direitos que se cogita, a cessão, segundo as regras jurídicas respectivas. Se abstrato o ato de disposição, tudo se passa como se fidúcia não existisse; porém, se há negócio jurídico causal, nem por isso o outro fim atinge a causa própria do negócio jurídico. Por isso mesmo, o constituto possessório (arts. 494, LV, 520, V) basta, ainda que se precisasse da posse para a garantia real *(e.g.,* art. 769, 1ª parte). Vê-se bem que toda assimilação do negócio jurídico fiduciário para garantia ao direito real de garantia seria errada: se não há o penhor, sem a posse (salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, art. 769), há a transferência da propriedade móvel pelo constituto possessório e há fidúcia para a garantia de crédito do adquirente ou de outrem (G. Planck, *Kornmentar,* III, 4ª ed,, 369-372). De iure condendo, aduz-se a favor de tal negócio jurídico fiduciário que ele presta, quanto aos bens móveis, o serviço que, quanto aos bens imóveis, sói prestar a hipoteca (O. von Gierke, Der *Entwurf* eines 8GB, 388; Schõndorff, Soli die Sicherungsúbereignung beseitigt werden?, *Deu* tsche iuristenZeitung, 16, 701-703). Contra, redargúi-se que, com isso, se permitem sub-repticias preferências entre credores e com isso se zomba da segurança jurídica (H. Hoeniger, Die Sicherungsú-

bereignung, 2a ed., 40 s.). O inconveniente de lançarem mão os insolventes, ou os que estão próximos da insolvência, de tais negócios jurídicos fiduciários não basta para se lhes negar a existência, nem, a priori, a sua validade. Se houve fraude contra credores, os arts. 106-113 provêem; o art. 1.092, 2ª parte, permite medida de segurança, se há contrato bilateral; e as leis de falência cogitam dos casos de nulidade, anulabilidade e impugnação. *A* priori, não é nulo o negócio jurídico fiduciário para garantia, ainda com o constituto possessório; de iure condito, não há regra jurídica proibitiva. Não colhe aceitação que tal negócio seja em fraude à lei (e.g., ao art. 769,

1ª parte), tese de K. Hellwig (Glãubigernot, Recht und Wirtschaft, 1, 25).

Quanto à questão de ser alcançado pelo art. 765 o negócio jurídico fiduciário, pois que a fidúcia pode conter a cláusula de comisso. resolve-se pela negativa: segurança pela transmissão já contém transmissão: não há penhor, de modo nenhum, em tal negócio jurídico.

2.

Cessão de crédito e fidúcia. A cessão de crédito não é eficaz em relação ao devedor se a ele não foi notificada: como notificado se tem o credor ciente por escrito, em que o diga (art. 1.069). Se a ela se uniu fidúcia de garantia, discute-se, para essa. e preciso que se intime o devedor (art. 794) a que não pague ao garantido. Essa intimação é somente para que não pague ao garantido:

supérflua seria, se houve a notificação da cessão.

3.

Duas relações jurídicas, uma causa! ou abstrata, outra abstrata. Pois que há duas relações jurídicas pelo menos, a primeira pode ser causal ou abstrata; a segunda, que é a do outro fim, e sempre causal.

Qualquer exigência de ser abstrata a primeira é falsa e importaria em se conceberem venda e compra, doação e outros negócios jurídicos causais como abstratizâveis . Se isso fosse possível, estar-se-ia, nos negócios jurídicos fiduciários, bem perto (se não já) da classe dos negócios jurídicos com simulação. Exatamente naqueles não se mostra ser jurídico negócio que o não é, nem se quer um fim em vez de outro: querem-se dois fins, ou quis-se o negócio jurídico abstrato e algum fim que não se insere nele, isto é, que não o enche, fazendo-o causal. O que adquire recebe o bem, em virtude do negócio jurídico abstrato ou causal: mas, ja agora, noutra relação jurídica, que aquela que é a do direito transmitido ou cedido, se obriga a usar dos seus poderes e faculdades conforme a fidúcia. A ligação entre o negócio jurídico, causal ou abstrato, e o negócio jurídico da fidúcia é evidente. não. porém, fundente: se o negócio jurídico é causal, tem ele a sua causa e o negócio jurídico da fidúcia tem a sua; se o negócio jurídico e abstrato, não tem causa, mas o negócio jurídico da fidúcia tem a sua.

A facilitação para a criação dos negócios jurídicos fiduciários provém, precisamente, de que os negócios jurídicos causais, que têm por fito transmissão, têm eficácia até essa (tempo A) e essa a tem depois de si mesma (tempo B); de modo que a inserção da fidúcia, naqueles, opera no tempo B, sem alterar a eficácia da transmissão, contemporânea à sua eficácia; se o negócio jurídico foi abstrato (e.g., emissão de título ao portador), houve o tempo no negócio jurídico subjacente que tem eficácia no tempo A e no tempo B, mas, pela natureza abstrata do outro negócio jurídico, esse é imune àquela eficácia anterior e posterior a ele.

4.

Negócios jurídicos fiduciários para garantia. Os negócios jurídicos fiduciários mais frequentes são os negócios jurídicos para garantia, inclusive as cessões de crédito para garantia. Nem o negócio de venda e compra, ou de troca, nem a transmissão para garantia se hão de considerar negócios aparentes ou simulados; por isso mesmo são negócios jurídicos e válidos, se outra razão não há para a sua anulabilidade. O credor quis, seriamente, a garantia; e o devedor seriamente a prestou. Se as circunstâncias criam causa de nulidade, ou de anulabilidade, ou de outro ataque, é questão à parte. A relação jurídica do negócio juridico que deu ensejo á transmissão, ou o negócio jurídico abstrato, produz a sua eficácia; e o negócio jurídico fiduciário, a sua. A garantia com transmissão pode mesmo dar-se a propósito de dívidas futuras (O. Warnever, Kommentar, 1, 173), ou abertura de contas correntes. Não é anulável o negócio jurídico fiduciário para garantia, se com ele apenas há possibilidade de danos aos outros credores.

§ 274. Situação jurídica do fiduciário

1.

A aquisição por parte do fiduciário. A aquisição por parte do fiduciário é aquisição como qualquer outra. Se se trata de propriedade, o fiduciário faz-se proprietário como qualquer outro adquirente. O Código Civil, arts. 647 e 648, regulou a propriedade resolúvel (sob condição resolutiva, ou com termo resolutivo); porem , então, não há fidúcia. E aí está resposta cabal a A. Schultze

(Treuhánder im geltenden biirgerlichen Recht. Jherings Jahrbücher. 43. 19 s.). que generalizou a transferência jurídica que ocorre, sob condição resolutiva, em certos negócios jurídicos fiduciários oriundas do *Salmarin.* Tratando-se de crédito, é credor o fiduciária e pode ceder o crédito, além de ser transmissível causa mortis ou por lei; cobra-o em seu próprio nome e contra ele podem ser apostas as exceções do devedor contra o fiduciante (art. 1.072). Para o devedor, o fim fiducial não existe (a cessão é ato dispositivo abstrato); por isso mesmo, não lhe nasce exceção de pagar àquele a quem a fidúcia indicou como beneficiado. O fiduciante perde a propriedade ou o direito de crédito. Não pode alienar bem, nem ceder o crédito, ou remitir a dívida. A fortiori. não pode cobrá-lo.

extrajudicial ou judicialmente. Na ação de cobrança. proposta pela fiduciário, pode intervir como litisconsarte da parte principai (Código de Processo Civil, art. *54).*

O fiduciário adquire: nenhuma diferença há entre a sua aquisição e as demais. Se houve cessão de crédito, ou transferência de outra direito, é ele, desde esse momento, o titular. Não se trata de autorização, parque quem autoriza permanece titular e pode alienar o direita coma o autorizado, e tal acontece em caso de mandato (salvo procuração em causa própria ou outro mandato irrevogável. art. 1.317).

2.

Fim da fidúcia A atribuição fiduciária pode ser para que B, a quem A transmite o direito, por sua vez a transmita a C. ou em interesse própria e de A, ou só no interesse de A. Não se pode dizer que haja fidúcia se o interesse na segunda transmissão e só de B (sem razão, A. von Tuhr, III, 188): só há fidúcia de A. que tem interesse, inclui no suporte fático, com declaração ou manifestação de vontade, esse outro fim.

3.

Negócio jurídico fiduciário e fraude contra credores. O negócio jurídico fiduciário pode ser fraudulento. Então, está exposta à anulabilidade por fraude contra credores (arts. 106-113), direita formativo extintiva cuja ação prescreve em quatro anos (art. 178, § *9?* V, *b).* ou à execução. se em fraude de execução, por ser sem eficácia

contra o exeqúente (nossos Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, VI, 76, 80 s. e 109 s.). Dáse o mesmo por ineficácia, se é em fraude de arresto ou de seqüestro . ou outra medida constritiva . Noutros sistemas jurídicos, o negócio jurídico, se houve fraude, é nulo: no direito brasileiro.

apenas é anulável. No direito comercial, persistiu. por insistência de conceito histórico, a revogabilidade, com base no art. 53 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências). Portanto, não se pode pensar em invocar-se o art. 622. parágrafo única. A transmissão da propriedade opera-se. O credor fraudado pode penhorar a pretensão restitutória do fiduciante contra o fiduciário, se a coisa lhe havia de ser devolvida; se, em vez disso. a entrega há de ser a outrem. o credor fraudado nada encontra no patrimônio do credor que possa penhorar Nos casos de fraude à execucão. ou ao arresto, ou ao seqüestra . ou outra medida de segurança. o ato do fiduciário, alienando. ou gravando, é ineficaz. porque o foi, ah initio, o ato do fiduciante.

Se o negócio jurídico fiduciário é nulo, e.g.. se foi ilícito ou impossível o seu objeto (art. 145, II). a transmissão, por ser abstrata, não estaria afetada, segundo os princípios, porém o direito civil brasileiro possui o art. 622, parágrafo único: Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nula.” A regra jurídica é só referente aos bens móveis: não se há de entender que a transferência do imóvel pelo registro siga o mesmo critério distintiva.

4.

Cessão de crédito paro cobrança. Na fidúcia ligada à cessão de créditos, para cobrança, o que sugere o negócio jurídico da cessão. em vez do mandato, ou outra figura de procura. é a facilidade, que se cria ao fiduciária e ao fiduciante, com a cessão . O próprio devedor, notificado da cessão, sente-se mais a vontade.

se paga ao cessionário. do que se o tem de fazer ao mandatária, ou a outra procurador. O endosso dá-nos exemplo dessa facilitacão , que muito serve a circulação jurídica. Nem com ele, nem com a cessão . se simula: o caráter abstrata de ambos presta esse serviço, e a relação jurídica de fidúcia fica ao lado, só entre o fiduciante e o fiduciário. Para que surja a simulação, é precisa que, segundo a vontade das partes, a cessão ou endosso não devesse ser cessão ou endosso, mas outra categoria jurídica. (Sobre o hibridisma da endosso-mandato.

nosso Patada de Direita Cam *biário ,* vai. 1.)

5.

Fim fiducial de garantia. O fim fiducial pode ser o de garantia. Em vez de lançarem mão das negócios jurídicos típicos de garantia (hipoteca, anticrese, venhan caução de títulos, fiança). os declarantes ou manifestantes do negócio jurídico fiduciário para garantia utilizam atribuição patrimonial: em lugar de só se hipotecar, antícretizar, empenhar, ou caucionar, o que apenas criaria direito real de garantia, o fiduciante transfere ao credor a propriedade, para que, vencido o crédito, sem ser solvido, fique com a coisa, ou.

solvida, a devolva. Já em Gaio (II, 60) estava a figura da fiducia cum creditore contracta. Também pode ser transferido direito. formado ou formativo, em garantia. Também a assunçao de dívida pode ser negócio jurídico fiduciário: a espécie mais frequente é a do título cambiário (letra de câmbio ou nota promissória: outra, a do cheque). A fidúcia consiste em que se confia em que o portador da título só exercerá a sua pretensão (abstrata). ou só transferirá o título, se a crédito, que esse expediente garante, não for pago. (Se o portador cobra, tem o obrigado a exceção oriunda do pactum de *nan* petendo; se transfere. o fiduciante está desarmado perante o terceiro de boa-fé.)

§ 275. Relação jurídica fiducial

1.

Relação entre o fiduciante e o fiduciário. Entre o fiduciante e o fiduciário estabelece-se a relação jurídica fiducial. a fidúcia. Aquele confiou nesse e lhe confiou a transmissão posterior. De retorno, ou a outrem. O direita á restituição é pessoal. salvo onde a lei *já* tornou real o direito à restituição, o que. por si só. eliminou o elemento histórico de fidúcia, A pretensão restítutúria é pessoal e dirige-se ao fiduciário: dá a actio fiduciae directa, Direito, pretensão e ação cessíveis. O fiduciário tem a actio fiduciae contraria para haver pelas perdas e danos no cumprimento do negócio jurídico fiduciária.

A disposição fiduciária leva consigo a obrigação para o adquirente de devolver ao disponente. ou de entregar a outrem. aquilo de que se

dispôs. Praticamente, serve a garantia de crédito. ou à facilitação da cobrança, ou a fraude contra credores. ou a simples aparência de menor au maior valor do patrimônio (e.g., A dispõe. fiduciariamente, a favor de B. para que B passe como rico. ou economicamente idôneo: A dispõe, fiduciariamente, a favor de B, para passar como menos rico do que é). Se o ato de disposição fiduciária é in fraudem legis, ou em fraude contra credores, permitindo. respectivamente. a alegação de nulidade. ou a de anulação (na direito falencial. a revogação), é outra questão; nada tem com a existência do ato mesmo de disposição fiduciária. As vezes, é difícil dizer-se se há fidúcia ou se há simulação: outras vezes, há fidúcia e há simulação, porque há separação entre o ato de disposição e o negócio jurídica subjacente, mas o ato de disposição é abstrato e, se há fidúcia, nada se simulou, e o negócio jurídico fiduciário é suscetível de ofender, por si mesmo, alguma regra jurídica. Por outro lado, é preciso atender-se a que não há, ás vezes, transferência da propriedade, mas de posse. Não é preciso pensar-se em simulação: não houve a transferência da propriedade.

2.

Elemento específico da fidúcia. O suporte fática da negócio jurídico com fidúcia contém, necessariamente, atribuição patrimonial (transmissão da propriedade ou da posse, cessão de direito, procuração em causa própria etc.) e a declaração ou manifestação de vontade fiducial. integrante da declaração ou manifestação de vontade do negócio jurídico empregado para o outro fim. Como, no intervalo, entre a aquisição pelo fiduciária e o cumprimento do dever fíducíal, medeia propriedade. ou usufruto. ou uso. ou fruição do direito, pelo fiduciário. no suporte fática da relação jurídica está contido esse elemento obrigacional. que se parece com o do comodata. ou o da locação (se houve, ou há, ou vai haver contraprestação), e é estranho à transmissão ou à cessão, que são abstratas. ou à venda e compra, ou outro negócio jurídico causal, que têm a sua causa e essa enche o suporte fático a respeito, porém, a seu turno, é contido no suporte fático da fidúcia.

3.

Direitas fiduciários de garantia. Os direitos fiduciários de garantia não se ligam ao crédito, que, pelo fim fiducial. garantem; são direitos nascidos de relação jurídica que não adere à outra, de modo que não são direitos acessórios do direito de crédito (A. von Tuhr, Der A/

Igemeine *Teu,* III, 191).

Quanto ao conteúdo da fidúcia, aventurou-se que corresponde ao do contrato de depósito quando o depositante teme algum risco (A. von Tuhr, Der *A/Igemeine TeU,* III, 191). Porém tão longínqua é a parecença e tão ocasional o „outro" fim (não jurídico !) da depósito, que a semelhança nenhum valor tem para a definição da fidúcia. Pensou-se também no mandato. e.g., quando se transmite para se transmitir a outrem. ou para cobrança. ou para que pague. Em verdade, porém, a relação jurídica fiducial é especifica. As espécies de fidúcia é que se parecem com as de outras categorias jurídicas; e a semelhança apenas serve à solução de certas questões, uma vez que as regras jurídicas têm abrangência analógica e não houve, aí, para caracterização, suficiente declaração ou manifestação de vontade.

§ 276. Negócio jurídico declarativa

1.

Conceito. O negócio jurídico declarativo é de construção jurídica recente. Mas ele, como fato da vida jurídica, vem de longe. A doutrina foi que despertou tarde para explorar-lhe a estrutura. Durante os séculos em que ficou sem ser estudado a fundo. como convinha, embaçaram-se-lhe as contornos, a extensão e as limites. Difícil foi. por isso mesmo, despregá-la de outras institutos que. coma ele, se referiam a algo jurídico que já existia (e.g., a transação), ou de outra origem e função, como a reconhecimento abstrato de divida (cf.

Código Civil alemão, § 781).

2.

Tipicidade. A típicidade do negócio jurídico declarativo ganhou em relevo nos nossos dias, mas os antigos tiveram casos de declaratividade negacial. Alguns autores quiseram apontar como característica, a preexistência de situação jurídica. ou relação jurídica, cuja incerteza o negócio jurídico declaratório vem afastar. Essa função de clarificação do obscuro seria essencial ao conceito. Mas desde logo temas de nos precatar contra tal confusão de emprego prática do instituto com a sua estrutura e a sua função, transcendentes às circunstâncias e motivos. Nem o negócio jurídico declaratório nem a ação e sentença declaratórias supõem "incerteza". nublamento,

obscuridade, que se remova. O vicio é o mesmo que se notou a respeito de interpretação das leis, até que se acentuou, em contrário a ele, que a lei clara também se inter preta.

3.

Eficácia do negócio jurídico declarativo. Quanto à eficácia do negócio jurídico declarativo, o problema precípua é o de se saber se todos os seus efeitos são só seus, no seu âmbito , ou se alguns deles se refletem no negócio jurídico que é objeto da declaração. Algumas eliminações têm de ser feitas, previamente: a) Não há pensar-se na substituição de relação jurídica , ou situação jurídica. certa, a outra, incerta. Novação, ou renovação, ou prorrogação com precisão maior, e não simples declaração negocial. é que se daria. Faltaria o embutimento, que o negócio jurídico supõe: relação jurídica ou situação jurídica que é o objeto do negócio jurídico, quer dizer — objeto de outra relação. Quer extinga o outro, substituindo-se a ele, quer não o extinga e, pois. Não se substitua a ele, o negócio posterior não declara: insere-se onde outro estaria , ou depois dele. *b)* Tampouco, o negócio jurídico declarativo renora o anterior, ou o prorroga: a renovação duplica, na tempo, a relação jurídica: a prorrogação estende-a. Tudo isso é mais da que declarar.

Nem um nem outro tem por objeto a relação jurídica anterior; eles e o negócio jurídico anterior têm o mesma objeto. No negócio jurídico declarativo, o objeto é outra relação jurídica ou situação. Não são a mesmo ter por objeto outra relação ou situação e ter o mesmo objeto que outra relação ou situação. c) O negócio jurídico declarativo não entra na classe dos negócios jurídicos que completam outro. Nesses. há p/us quanto à relação ou situação jurídica anterior, sem recobri-la com a declaração . Já. ai. está a diferença. O negócio jurídico declarativo não tem a função de simples iluminação da relação ou situação jurídica antenor, como aconteceria à lavratura de escritura pública para instrumentar, melhor, o negócio jurídico que podia ser por escrito particular e assim fora assinado. O negócio jurídico declarativa supõe mais: tem a função de declarar, de declarar. com eficácia sua, independente do que passa haver de obscuridade no negócio declarado.

Erraram todos os que sacrificaram a explicação da sua estrutura e da sua função ao eventual serviço de eliminação de incerteza. O negócio jurídica declarativo não substitui, nem nova. nem renova, nem

prorroga: declara. Seria imperdoável tautologia se não conseguíssemos definir a função declarativa negocial. Exatamente a essa definição serve o afastar-se que se circunscreva a remoção das causas de incerteza: negócios jurídicos ou relações ou situações, que são claras, são suscetíveis de declaração. Par isso mesmo, não e impossível a conclusão de negócio jurídico declarativo menos c/aro que o próprio negócio jurídica nele de-o/arado. d) O negócio jurídico declarativo não se confunde com a reprodução ou repetição, porque, nessa, um negócio jurídico não declara o outro, reproduz ou repete o outro: é. de novo, o mesmo, sem nada enunciar sobre o outro. Na reprodução, o que se repete é a declaração de vontade, ou são as declarações de vontade concordantes. As vezes só se trata de redocumentação, ainda quando se empreguem expressões menos próprias (“canf ir mamas”. “declaramos que”. “confessamos que”). Porém a verdadeira repetição ou reprodução abstrai da redocumentação ou preconstítuição da prova, de modo que não se identifica com a redocumentação, nem com a confissão. nem, tampouco, com o negócio jurídico declaratória. Na reprodução, repete-se a declaração de vontade, unilateral ou bilateral, inclusive quando se mude o declarante (e.g., combinação da reprodução com a ratificação). As duas declarações de vontade têm o mesmo objeto; ao passo que. no negócio jurídico declarativo, uma é objeto da outra. Se a reprodução tem por fim a prova (reprodução preconstitutiva), ou se tem por fim refazer o contrato (reprodução reconstítutiva), de verdadeira reprodução é o caso. Se se destina a interpretar o negócio jurídico anterior, não o repete, — interpreta-o. Se se destina a declará-lo, não é reprodução, mas negócio jurídico declarativo. Reprodução modificativa é negócio novo.

4.

Objeto do negócio jurídico declarativo. A estrutura, o conteúdo e a eficácia da relação ou situação jurídica anterior passam a ser objeto do negócio jurídico declarativo. O que emite a declaração unilateral de vontade, ou os que emitem as declarações de vontade concordantes, superpõem declaração e declarado: há, à base das declarações de vontade, ou da declaração unilateral de vontade, enunciado de fato sobre a existência, estrutura, conteúdo e eficácia da relação ou situação jurídica anterior. De modo que as declarações de vontade são inconfundíveis com as que engendram outros negócios jurídicos: “Declaro a minha vontade de ter como verdadeiro o enunciado de fato *tal,* quanto à relação ou situação jurídica *tal”.*

Não há aclaramento, mas declaração. O elemento eliminação de

incerteza, que se pretende introduzir (e.g., N.

Coviello, *Della* Trascrizione, 1, 259), é de ordem subjetiva e somente provável: pode não haver no espírito do declarante. ou dos declarantes, ou nos outros espíritos, qualquer incerteza. A sua função é mais preventiva contra dúvidas do que destruidora de dúvidas existentes. E um pôr fora de discussão (Ausserstreitsetzung), em vez de um pôr termo à discussão. Quando se põe fora de discussão não se tem de aludir ao que se discute, ao passo que, se a função do contrato declarativo fosse eliminação de incerteza, se teria de aludir à incerteza. A transação olha, assim. o passado e implica a existência de controvérsia; o negócio jurídico declarativo, não.

No pôr fora de discussão alguma relação jurídica ou situação (direito subjetiva, pretensão, ação), o negócio jurídico declarativo não modifica o que era. De modo que, se o declarante ou os declarantes em verdade modificaram, em vez de apenas declararem, procederam coma os que declaram a vontade de venda e compra e apenas um deu e outro tomou de empréstimo a coisa. Ressalta a simulação. Em sua pureza dogmática. o negócio jurídico declarativo não modifica, não extingue; nada possui de fonativo. E tão anormal que, na realidade, o negócio jurídico declarativo modifique, quanto é anormal que a sentença declarativa, em vez de corresponder à verdade sobre a relação jurídica declarada, a tenha deformado. No direito, esses dois planos — o do direito material ou da vida e o do direito processual, que é o da iurisdictio

—

estabelecem a conhecida antinomia da sentença injusta que produz coisa julgada material. No campo das convenções, os dois planos são dentro do próprio direito material e, provavelmente, entre as mesmas partes.

Se o negócio jurídico declarativo modificou, deixou de ser, nesse ponto, declarativo, ainda que se diga tal. Se essa discordância entre o nome e o negócio jurídico tem importância quanto à sua validade, total ou parcial, depende dos princípios gerais, ou dos princípios especiais ao negócio modificado, e das circunstâncias. Seja como for, a modificacão é anormalidade, com que não se há de raciocinar para se fixarem a estrutura e a função do negócio jurídico declarativo.

§ 277. Vontade negocia1 e eficácia do negócio jurídico

1.

Vontade e efeitos da negócio jurídico. A vontade negocial, elemento do suporte fático do negócio jurídico, encaixa-se nele, e sobre ele incide a regra jurídica. Tem-se frisado, excessivamente, ser a vontade negocial a vontade dos efeitos da negócio jurídico e amparar-se a vontade dos que a manifestam com a produção dos efeitos que da manifestação de vontade resultam. No entanto, quando se quer o negócio jurídico, manifesta-se isso, ou isso e alguma vontade particular, que precisa ser manifestada, para que se leve em conta e assim se afaste a incidência de alguma regra jurídica dispositivo, ou isso e alguma eficácia querida, que ficou, inteiramente, ao domínio da autonomia da vontade. Quem compra, não precisa querer mais do que o negócio jurídico da venda e compra, com a determinação da coisa e do preço. Se nada mais entendeu manifestar. a venda e compra conclui-se com a incidência de todas as regras jurídicas cogentes e dispositivas. O que é necessário que seja querido é o negócio jurídico, ainda que se lhe troque o nome, ou de fato se não conheçam as regras jurídicas que o disciplinam. Se à vontade, que pode ser elemento fático dos negócios jurídicos, somente se exigisse dirigir-se a efeitos. seria negócio jurídico a que resultaria da vontade de ser preso, se o agente, para isso, praticasse crime que se pune com a prisão; eg., se. em vez de A pedir a B

emprestado x, tira da gaveta de B a importância x. O filantropo, que conhece a timidez da menina C e seus escrúpulos, e deseja proporcionar-lhe meios para o pagamento da anualidade x no Conservatória de Música, pode ordenar ao motorista do seu carro que esbarre com o piano velho que está entrando na casa: escreverá carta, ou responderá a petição da ação de indenização, que ele mesmo sugeriu ao advogada fosse de grande quantia, prontificando-se a pagar a indenização. Não há. aí, negócio jurídico. Não se compreende que B

Regelsberger *(Pandekten.* 1. 491), que observou não ser negócio jurídico o furto com o propósito de incorrer em pena. pusesse em lugar da negócio jurídico, como querida pelos declarantes da vontade, os efeitos. Tanto mais relevantes são essas considerações que os efeitos podem ser atingidos por leis novas e seria difícil admitir-se que, ao se concluir o negócio jurídico, se houvesse querido a eficácia presente e a imprevisível eficácia futura. A pessoa. que se casou sob lei que não permitia a divórcio, não quis a dissolubilidade, nem seria de atender-se á sua vontade, se a tivesse querido. Quis o casamento, negócio jurídico. E verdade que, frequentemente, nas relações da vida, a

pessoa. ao praticar atos jurídicas, não sabe, precisamente, em que categoria jurídica entram os efeitos que ela tem por fito e se mantêm no plano da descrição econômica.

Porém isso não basta para se inferir que se querem os efeitos. e não o negócio jurídico. Não só porque os efeitos, que se hão de produzir. dependem das regras jurídicas cogentes, que os deixem incólumes, e só se pode saber quais são essas regras jurídicas depois que se "classifica" o negócio jurídico, como porque há efeitos não-queridos que se produzem confonºe seja o negócio jurídica. A denominação. o nome, do negócio jurídico, não importa. — está certo. Mas isso não significa, de modo nenhum, que não importe o negócio jurídico, tal coma se delíncou no suporte fático. A alusão da vontade aos efeitos somente importa como alusão a conseqüências para se conhecerem as causas: ao querer-se, está-se a encher o suporte fático da negócio jurídico , que será; e não a descreverem-se efeitos. Essas considerações. que são sumamente importantes para a teoria do negócio jurídico, têm escapado aos maiores juristas que trataram da Parte Geral, sempre preocupadas com a vontade e os efeitos (= vontade dos efeitos), em vez de atentos — dentro do tempo —a) à vontade, *b)* ao suporte fático em que ela entre, c) ao negócio jurídico, e d) aos efeitos. A vontade dos efeitos, o querer tais efeitos, é dado fático; passa-se no plano puramente econômico; nem é passível, nesse plano, outra causação que de vontade a efeitos: o que fica entre eles é o jurídico. Daí haver efeitos não-queridos e não se produzirem efeitos que foram queridos. Se atendemos a isso, as efeitos indicam ou indiciam o negócio juridico de que se trata: a vontade é a vontade do que, das efeitos, pode ser produzido, digamos a máximo deles ou o mais importante; portanto, uma vez que só a figura jurídica é que diz a que é que pode produzir-se. a vontade é de negócio jurídico: a que de vontade não se aproveita, porque o efeito querido não se pode produzir é totalmente estranho ao negócio jurídico, ou. agarrado a ele, é marcado, como nulo. ou como anulável, pelas regras jurídicas referentes ao negócio jurídico de que se trata. A cada momento, estão as pessoas a errar quanto ao nome do negócio jurídico, que têm par fito, ou quanto ao nome das prestações (aluguel em vez de preço, ou vice-versa).

2.

Nome do negócio jurídico e negócio jurídico querido. O que importa não é a nome. de que as declarantes ou manifestantes de vontade usaram, mas o negócio jurídico em que cabe a sua vontade. ou em que

me/hor ela cabe. Aqui. vem à tona o princípio do melhor aproveitamento *possível* da vontade, que estu-daremos, mais de espaço, a seu tempo. Dizer-se, como faz A. von Tuhr *(Der* A/lgemeine *Teu,* li, 162), que não importa o nome. mas a eficácia jurídica *(Rechtswirkung)* que resulta (ergibt) da consequência econômica colimada (aus dem *beabstchtigten wzrtschaftlichen Erfolg),* é não se prestar atenção a que a eficácia só é jurídica porque se compôs negócio jurídico. A consequência econômica só indicou. au só indiciou o negócio jurídico: serviu como um dos elementos para se saber qual o todo negocial e, em consequência, qual o negócio jurídico a que corresponderia esse suporte fático, que se compôs.

3.

Eficácia do negócio jurídico e começo de/a. A eficácia do negócio jurídica é após o negócio jurídico, ainda quando a lei permita que essa eficácia, que é a do negócio jurídico, comece de *antes:* então, „no momento c" o efeito se produz desde a. Essa vadeabilidade do tempo, para trás, só é possível, porque a eficácia jurídica só se passa no mundo do pensamento e ao pensamento é livre a deslocação temporal. De regra, porém, o direito conforma-se com a irreversibilidade do tempo e evita que o efeito seja no momento a, ou á, se a causa está no momento c. Outra razão para se não perder de vista que a eficácia só é jurídica (porque provém do negócio jurídico) está em que, no momento em que se compõe o suporte fático e as regras jurídicas incidem, há o negócio jurídico, e a eficácia vem, necessariamente, *dele,* imediata ou mediatamente. Negócio jurídico existe *antes* de se interpretar a vontade e de se saber qual o negócio jurídico em cujo suporte fático ela cabe ou melhormente cabe. É preciso não se confundir o existir e o esforço para se descobrir o que é que existe. Tanto mais quanto a lei, que regeu o negócio e. pois, o fez jurídico, éque discrimina o que fica e o que não fica da vontade, o que vale e o que permanece sem validade (= o nulo mais o anulável). O negócio jurídico existe desde que se compôs o suporte fático e sobre ele incidiu a regra jurídica: a relação jurídica nasce; a eficácia, após isso, irradia-se. Onde essa eficácia é independente do querido e do não-querido diferentemente, há eficácia jurídica legal (= efeitos legais, E. Zitelmann, Irrtum und *Rechtsgeschàft,* 258). Quando se tomam os efeitos correspondentes a isso, portanto efeitos provenientes de regras jurídicas cogentes e de regras jurídicas dispositivas, como ao lado, ou abaixo dos efeitos provenientes da vontade, é possível chamar-se-lhes efeitos secundários ou de segunda ordem (R. Menle, *k/orstellungs-und Willenstheorie,* 295); mas, evidentemente, o que se poderia ter como de

primeira ordem seria o bastante para a determinação da categoria jurídica e não toda a eficácia "querida", tanto mais quanto o que se quis no lugar. em que, faltando, incidiriam as regras dispositivas, também seria, em relação a esse elemento suficiente, secundário. Certamente, há efeitos de segunda ordem; todavia, o critério para essa discriminação há de ser diferente. E.g.: secundários (= mediatos), no tempo, se vêm após os outros ou alguns dos outras efeitos (imediatos); secundários quanto ao conteúdo, como os efeitos se a coisa vendida deixa de existir, ou se não é do vendedor, ou se o vendedor incorre em mora.

4.

Exemplificação de efeitos *legais* de fatos jurídicos. A dívida, se alguém. que não é o devedor, a paga, em seu próprio nome, sem ser interessado no pagamento, extingue-se (art. 931). Se o terceiro é interessado e paga a dívida pela qual era, ou podia ser obrigado, sub-roga-se ao credor, isto é, em vez de extinção, dá-se transferência do crédito (art. 985,111). Tal efeito é *legal.* Outro efeito *legal* é a reparação do interesse negativo se a prestação era impossível, e conhecida pelo outro contraente, obrigado a ela, a impossibilidade (ainda nos sistemas jurídicos em que não haja regra jurídica escrita). Outro, ainda. o efeito da condictio indebiti (arts. 964-97 1). Quem escolhe o negócio jurídico a escolhe todos os efeitos legais desse negócio jurídico.

5.

Regras jurídicas cogentes, regras jurídicas dispositivos e efeitos *legais.* Os efeitos legais podem ser oriundos de regras jurídicas cogentes ou de regras jurídicas dispositivos. Na primeira espécie, determinado o negócio jurídico, tem ele, necessariamente. todos os efeitos que o direito objetivo teve por essenciais ao negócio jurídico (e.g., o comodatário não pode cobrar despesas que fez com o uso da coisa, art. 1.254). De ordinário, os efeitos legais são oriundos de regras dispositivas e supõem que se não tenha querido diferentemente. Aqui, surge o problema da natureza do ins dispositivum: ~ A regra jurídica dispositiva é a) vontade que a lei teve por manifestada pelo silêncio (= tacitamente), ou á) e para a caso de faltar manifestação de vontade? (Já vimos que a explicação a) foi repelida pela ciência.

A vontade da pessoa entra no núcleo do suporte fático. determina. com as indicações do direito objetivo, a categoria jurídica. O ser ou não, nuclear toda ela depende do negócio mesmo, que se quer. Há elementos volitivos não-nucleares, elementos de cuja falta resulta deficiência, e não insuficiência do suporte fático .

Seria errôneo dizer-se que só os efeitos queridos sejam eleitos do negócio jurídico. ou que todos o logrem ser Efeitos legais são os principais efeitos do negócio jurídico. A vontade, ainda se elemento nuclear e por mais importante que seja na espécie, é apenas elemento do suporte fátíco do negócio jurídico. Desse é que se irradia a eficácia.

6.

Eficácia *reflexo* da negócio jurídico. A eficácia reflexa é a que se opera na esfera jurídica de terceira: o devedor de crédito gravado de usufruto. ou de inalienabilidade, ou em situação semelhante, nada tem com a relação de usufruto, mas, pagando a prestação, essa é apanhada pelo usufruto, ou pela inalienabilidade. ou situação semelhante. no momento mesmo em que a dívida se solve (= o crédito se extingue). No caso de direito de resolução a favor de duas ou mais pessoas. a renúncia por uma delas extingue o direito de resolução das demais.

§ 278. Negócios jurídicos unilateraís, bílateraís e plurílateraís

1.

Unilateralidade. bilateralidade e plurilateralidade. A unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico alude a ser uma só a manifestação de vontade, que é o elemento volitiva do negócio jurídico, ou serem duas. ou mais. A cooperação ou assentimento necessário a que uma só manifestação de vontade entre. como negócio jurídico, no mundo jurídico, não a bílateraliza. nem pluraliza. Se A e B

prometem recompensa. nem par isso se bílateralizou o negócio jurídico: nem se pluraliza. se A, B e C a prometem. Há, ai, pluralidade subjetiva, porém não no negócio. São A e B compram a C, o contrato de venda e compra continua negócio jurídica bilateral, e não plurilateral. A vida e a ciência não procederam arbitrariamente em

fazer unilaterais alguns negócios jurídicos, e bilaterais ou plurilaterais outros: foram levadas a isso ou consultaram onde e quando a entrada da manifestação de vontade de um implicava irradiação de efeito na esfera jurídica de outrem. Onde e quando o negócio jurídico atinge a esfera jurídica de outrem, bilateraliza-se ele, para que não se quebre o principio de inca/umidade das esferas jurídicas.

Assim são unilateraís: a criação de fundação (art. 24), a derrelicção (art. *592,* parágrafo único), *e* a renúncia da propriedade imóvel (art. 589. 11, e § lo), a promessa de recompensa (arts. 1.512-1.517), o testamento (art.

1.626), a renúncia e a aceitação da herança (arts. 1.581-1.590). Não se há de incluir a apropriação de coisas móveis sem dono (ocupação), que A. voo Tuhr *(Die Allgemeine Teil,* 1. 204) pôs, sem razão, entre os negócios jurídicos unilaterais, porque se trata de ato-fato jurídico, e nao de negócio jurídico. A experiência social sugeriu que se admitissem negócios jurídicos unilaterais, com efeito na esfera jurídica de outrem, *se só* benéfico para esse: tal o que aconteceu com o testamento, que somente tarde se unilateralizou (nosso Tratado dos *Testamentos,* 1, *27-34);* com a derrelícção, a que tanto resistiu o direito romano, a ponto de só a admitirem as Rroculeianos, se outrem tomasse posse da coisa, e deve-se aos Sabinianos a construção unilateral, começando-se pela derrelicção das fundos gravados de servidão (Labeão, na E. 6, § 2, in *fine,* D..

si servitus vindicetur, 8, 5).

Os negócios jurídicos unílaterais podem ser embutidos em negócios iurídicas bilateraís ou plurilateraís. Se a manifestação unilateral de vontade bastaria, nada impede que ela baste e algo mais ocorra. A renúncia pode ser inserta em contrato. Em vez de denúncia, ou de exercício, em juíza. de direito de resolução por inadimplementa. podem as figurantes acordar em que uí"n deles tem direito à denúncia, em que se tem por denunciada a negócio jurídico, ou em que um deles tem direita á resolução par inadimplemento e o exerce, reconhecendo-a a outro figurante. Em nenhuma dessas espécies se trata de distrato. Não só. Em vez de se alegar compensação, podem os interessados concluir contrato de compensação (B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9ª cd., 495: G. Plancl□, Kommentar, II, V ed., 521). A eficácia, que se obtém com a bilateralidade, ou a plurilateralidade, é a que tem a manifestação unilateral de vontade. Note-se que não dissemos teria; porque, então, suporíamos que a manifestação unilateral não estaria contida no acordo.

Como um dos figurantes poderia alcançar a eficácia desejada mediante manifestação unilateral de vontade e se lhe permitiu ofertai". tem-se de indagar, ao ter manifestado, se só unilateral-mente manifestou, au se ofertou. A questão é de interpretação. Se somente ofertou, não tem a eficácia que a manifestação unilateral teria, se a oferta não fosse aceita. A oferta é manifestação unilateral de vontade, destinada à composição de negócio jurídico bilateral; portanto e menos, em relação à manifestação unilateral de vontade que só se destina à própria eficácia. Se o manifestante quis unilateralmente e apenas esperou que o outro figurante lhe reconhecesse o direito, a recusa da oferta não tira a eficácia da manifestação unilateral de vontade. A aceitação não seria aceitação. mas ato de reconhecimento (ato jurídica de confissão. ato jurídica stricto *sensu* de reconhecimento, ou negócio jurídico declaratório).

Cumpre observar-se que todas os pressupostos, pessoais e materiais, da ato jurídico unilateral têm de ser satisfeitos. Se está em causa exercicio de direito formativo, não se pode dispensar a ação constitutiva, salvo se não é essencial à eficácia a judicialidade. Aqui, surge a questão de se poder resolver o contrato bilateral por inadimplemento, sem se pedir ao juiz que sentencie (art. 1.092, parágrafo único). Mas a solução é no sentido de se poder dispensar a sentença, porque o outro figurante se protege a si mesmo como, sem a acordo. o juiz o protegeria. Por outro lado, se se trata de compensação e o crédito não está vencida. ou não é compensável, não o faz compensável o acordo (sem razão, O. Warnever. *Kammentar,* 1, 661, que se deixou levar por errada jurisprudência alemã). Em todo o caso, se a negócio jurídica bilateral, ou plurilateral, tem os elementos do distrato. formais e materiais, ou de dação em soluto, como tal se considera; mas a eficácia, então, é dele, e não da manifestação unilateral de vontade (Thíele, Die Kíindigung, *Archiv* fúr die *ciuilistísche* Praxis, 89, 143; G. Plancl, Kommentar. II, 4ª ed., 521). Nada obsta a que, pelo contrato de compensação, se compensem créditos futuros, para os momentos em que venham a existir e ser compensáveis, prescindindo-se de qualquer alegação ou declaração especial (o chamado pacturn de compensando), tal como acontece no contrato de conta-corrente (L. Kuhlenbeck, *J. v.* Staudingers Kommentar, II, 7ª ed., 417). O reconhecimento de saldo tem eficácia semelhante (não idêntica) à do contrato de compensaçao.

Cumpre que se não confundam com o contrato de liquidação de contas *(Abrechnungsvertrag),* que pode conter contrato de compensação e

negócio jurídico de reconhecimento (~ Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung, *Jherings* Jahrbücher, *46*.

9).

A denúncia do contrato de locação pode ser ato jurídico unilateral e pode estar embutida em oferta. Se há oferta, ainda que não pudesse ser denunciado o contrato, pode dar-se a extinção do contrato se a aceitação satisfaz os requisitas do distrato (Ph. Lotmar, Der *Arbeitsuertrag,* 1, 568) e o figurante só a aceitou para distratação. Se, em vez disso, cria em que havia base para a denúncia cheia (= denúncia a que a lei exige fundamentação para denunciar e provar) ou para resolução, o contrato de locação não se extingue, porque apenas se reconheceu o que na realidade não era. Todavia, se houve modificação jurídica, que se atribuiu ao negócio jurídico, considerado, assim, por interpretação por figurantes, constitutivo, somente se pode ir contra ele pela ação de anulação por erro. Os efeitos, se os não tem o negócio jurídico unilateral, somente podem ser os do negócio jurídico bilateral, a respeito do qual se hão de exigir as pressupostos de existência.

de validade e de eficácia. Quanto à interpelação antes de tempo. o fiador não fica sujeito ao que contrataram os figurantes quanto a modificação (idem, em caso de moratória, art. 1.503, 1. ou de dação em soluto, art.

1.503, III).

O sistema jurídico concebe os atos jurídicos stricta *sensu* e os negócios jurídicos unilaterais como de eficácia prefixada. consistente, definida; daí ser menor a auto-regrabilídade pelo figurante. Quem recebeu denúncia, declaração de compensação. estabelecimento de termo, interpelação, ou foi citado em ação de resolução, sabe exatamente qual o efeito que tem o ato jurídico. Por isso mesmo, o assentimento de terceiro há de ser prévio ou contemporâneo; não pode ser posterior Não há assentimento posterior eficaz. Não se entende isso com os atos jurídicos em gestão de negócios alheios, porque o *dominus,* aí, não está na situação do titular do pátrio poder, ou do tutor, curador, ou do cônjuge.

Se alguém, que tem de ser assistido, pratica algum ato jurídico unilateral (ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico), sem que apresente o assentimento com a forma a que se refere o art. 132, o

destinatário pode repelir a manifestação unilateral de vontade, porque, sem a prova, é de entender-se não assistido o manifestante. Tem-se de ter, até a produção da prova, como anulável (presunção hominis). Também se pode repelir o poder de representação se não se exibe a procuração (art. 1.305). Fora dai. quem recebe manifestação de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, não pode exigir a prova de que podia manifestar, unilateralmente; de modo que o inventariante interpela bem se interpela sem exibir a certidão de nomeação. O risco é para quem recebe a manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento.

O

ato jurídico unilateral deve ter eficácia definida; por isso mesmo, de regra não permite condição ou termo. Não há aceitação ou renúncia da herança a termo, ou sob condição (art. 1.583), nem aceitação de função de testamenteiro a termo ou sob condição, nem alegação a termo ou sob condição, de compensação, nem revogação a termo ou sob condição, nem eleição a termo ou sob condição, nem denúncia condicional ou a termo. Se o credor, que já é titular de direito de resolução por inadimplemento, pede a resolução, mas concede prazo, tal pedido não é condicionado: há apreciação da máxima de eventualidade, interpelação ou resolução. Há pedido de revisão mais oferta de contrato em que o oferente renuncie á ação.

Dá-se o mesmo com a denúncia do contrato: não há denúncia condicional, mas denúncia e oferta. Se aceita a oferta, não tem cabimento a denúncia. Não há inconveniente em que se dê tal alternativa: nem a manifestação unilateral deixou de ter eficácia definida, nem se frustrou lei.

A eficácia dos atos jurídicos stricto *sensu* e dos negócios jurídicos unilaterais depende de inequivocidade e de terem sentido e significação tais que o receptor possa saber qual o seu conteúdo. Se, por exemplo, a comunicação recebida tanto pode ser entendida como denúncia da locação como oferta de prorrogação, sem ser alternativa (denúncia ou oferta), é ineficaz. Se a denúncia cheia foi feita em termos tais que abrange dois ou mais fundamentos, não há equivocidade, nem falta de sentido. Por outro lado, pode o pedido de anulação por dolo conter o de anulação por erro.

O negócio jurídico unilateral pode ter destruida a sua eficácia em virtude de distrato. Não só se distratam contratos. O negócio jurídico

foi; deixa de ser e de ter qualquer eficácia, em virtude do contrarius consensus. Por exemplo, se houve denúncia da locação, o contrato entre o locador e o locatário pode apagar-lhe os efeitos, salvo se já houve sentença trânsita em julgado.

Se o ato jurídico unilateral é ineficaz, qualquer dos interessados pode alegar a ineficácia.

2.

Principais negócios jurídicos *unilaterais.* a) Somente em 1896, o Código Civil alemão deu a devida atenção aos negócios jurídicos unilaterais (§§ 111, 143, 174, 180, 182, 1.398, 1.403, 1.405, 1.831 e 1.937).

14 As vezes, há de ser admitido o negócio jurídico unilateral, porque resulta de algo anterior, como acontece com os negócios jurídicos fundados em direitos formativos (geradores, modificativos ou extintivos), tais como o direito de apropriação de coisas alheias, o direito de escolha, a denúncia, a exclusão de sócio, e o repúdio, que o antigo direito romano desconhecia, e a aditio hereditatis, que tem origens obscuras.

Em princípio, o que manifesta a vontade pode criar-se dever ou obrigação (e.g., promessa de recompensa; remissão de dívida, *aliter* no direito alemão, em que é sempre contrato); e somente pode invadir a esfera jurídica alheia se o negócio jurídico se baseia em direito formativo.

A autorização é negócio jurídico unilateral. Também a outorga de poder de representação. Não precisam do assentimento ou aceitação do autorizado, ou outorgado, nem da pessoa com que o autorizado ou o outorgado tem de tratar. Se a autorização, ou o poder de representação se confere sob a dependência de que o autorizado ou o nomeado como representante aceite, não há bilateralização, há condição, que só diz respeito à eficácia. Aliás, assim se há de entender sempre que se envia oferta de mandato, ou de locação de servicos. Contudo, seria erro ver-se aí, como ocorre a á. Breít (Die *Gescbdftsfàhigkeit,* 184) e a A. von Tuhr *(fies Allgemeine TeU.* III. 379). dois contratos, o de mandato ou o de locação de serviços, ou outro, e o de outorga de poder de representação: há o contrato, que está em

causa, e a outorga de poder de representação, unilateral, condicionada à aceitação do outro contrato, ou sobrejacente a ele (cf. li. Rosenberg, Steliucrtretung *Em Prozess,* 612). abstrata e. de regra, revogável. Não há qualquer conveniência em se conhecer a outorga, em tais casos. como bilateralizada; nem corresponderia à realidade jurídica.

3.

Nem correlação. nem reciprocidade. Nos negócios jurídicos unilaterais . não há correlação nem reciprocidade. Há —) porém não ~ Se dois negócios jurídicos unilaterais se correlacionam, e se tornam recíprocas as manifestaçóes de vontade, sobrevém a bilateralidade . O não se considerarem a oferta e a aceitação negócios jurídicos unílaterais, posto que componham o contrato, resulta de se conservar a despeito da teoria das ofertas e aceita-cães no direito contemporâneo, o que correspondia a sistemas jurídicos de outros tempos. O direito romano não colheu, nem desenvolveu o conceito de negócio jurídico unilateral. A respeito de negócios jurídicos receptícios, há alusões: o “palam” (publicamente), que aparece nas fontes, nem sempre é ao público”; às vezes é abertamente”. A dogmática do direito comum extraiu os conceitos, com alguma precisão, ao que tanto serviram Heinrich Siegel e E. Zitelmann: até que o Código Civil alemão inseriu alguns princípios fundamentais. A influência na doutrina francesa, inglesa, brasileira e de outros países foi pronta.

4.

Pluralidade de pessoas e unilateralidade. No negócio jurídico unilateral há um só lado, ainda que haja duas ou mais pessoas, que manifestem idêntica vontade. Assim pode ser subjetivamente simples (=

unipessoal), ou subjetivamente complexo (pluripessoal). Permanece unilateral, ainda que se destine a alguém, que haja de receber: se outrem não tem de vir contactar-se, com o seu consentimento, é unilateral o negócio jurídico.

Se o interesse é um só, a pluralidade de pessoas não implica pluralidade de lados, de partes (expressão mais própria ao direito processual que ao material, razão por que a evitamos). A unidade de interesse, com pluralidade de pessoas, dá a pluripersonalidade; não a

plurílateralidade. Se há interesses diferentes (= não idênticos, não único), e enantiomórficos, o negócio jurídico bípersonalizase ou plurípersonaliza-se e, além disso, bilateralíza-se ou plurilateraliza-se. Por onde se vê que a bilateralização e a plurilateralização supõem pluralidade de pessoas mais diferença e enantiomorfia de interesses. E verdade que, no contrato consigo mesmo, os interesses diferentes e enantiomórficos são de uma só pessoa, mas, em verdade, essa pessoa está no lugar de duas, ou mais, e como duas, ou mais, figura. Se o interesse é único, o negócio jurídico é necessariamente unilateral; mas, se houve mais de uma pessoa, com o mesmo interesse, é unilateral e bi- ou pluripessoal (subjetivamente complexo): duas ou mais pessoas manifestaram as vontades, mas em todo unitário, ou, o que é mais e vê-lo-emos adiante, *fundido.* Se há duas ou mais pessoas que manifestam vontades diferentes e enantiomórficas, há negócio jurídico bilateral ou plurilateral, porque a enantiomorfia.

partindo de esferas jurídicas diferentes, tem de exprimir o que as duas vontades exprimem. Se há diferença sem haver enantiomorfia, há pluralidade de negócios jurídicos, e não negócios jurídicos bílaterais ou plurilaterais. Só é bilateral o negócio jurídico quando a enantiomorfia é admitida no mundo jurídico (=

suscetível de composição para entrar no mundo jurídico): doar e receber doação. vender e comprar, trocar a por *b.* dar e receber em locação, prestar serviço e receber salário. A técnica mais primitiva do direito é o nexum ou *nexus* (H. á. Roby, lkoman Private *Law,* II, 296 5.; L. Mitteis, Uber das nexum, Zeitschrift der *Savignp-Stiftung,* 22. 100 s., e 25. 282 si que nada tinha, como parecia a Ph. E. Huschl□e, de publicístico (certos, li. Mítteis, 22, 96 s.: H. H. Pílúger, Nexum *und* Mancipium, 1 5.: H. Lewald, *Zur* Personalexekution *im Recht der Pappri,* 10 s. e 67 s.). Antes da fundação de Roma, o *nexum,* negócio jurídico bilateral formal, mostrava, na forma, a própria origem, a balança e o pedaço de metal (per aes et *libram):* a forma ainda ficou quando não mais se pesava. Mais ainda no étimo: necto, nectere, vincular ligar. O negócio jurídico primitivo vinculava bilateralmente. O actus é posterior, ou contemporâneo ao nexum; pode ser cum populo. A expressão contractus só se referia a certos negócios jurídicos obrigacionais; proveío da sistemática do direito civil, substituiu o *nexum,* e não aparece no Edictum (sem razão. O. Lenel. *Das* Edictum *perpetuum,* 230, que, aliás, mudou de opinião após as críticas de A. Rernice e L. Mitteis). Pactum era toda convenção que não cabia nos outros conceitos. Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos unilaterais. pode haver pluripersonalidade: de um lado ou de cada lado: a pluralidade de pessoas não exclui que se trate cada lado como um só. Se são diversos e enantiamórfícos os interesses. contratar

é a solução mais comum, posto que nem todos os negócios jurídicos bilaterais sejam contratos. De regra, houve preliminares (Punktation).

apontamentos, rascunhos, para que se encontrasse aquilo que o antigo direito, antes da fundação de Roma, considerava essencial á vinculação. ao nexum. Encontrado, as pessoas em contacto adotam, por meio de suas vontades, o que as concilia: o que uma quis passa a ser querido pela outra, criando-se identidade na bilateralidade ou plurilateralidade. A enantiomorfia é típica do contrato: um vende, outro compra; um dá ou promete em locação, outro recebe ou tem pretensão á locação: A troca a por *b* (= B troca *b* por a).

O negócio jurídico bilateral solda dois negócios jurídicos (cf, [-1. Ldhe, *Das Vertraqsangebot,* 18 sj, que se destinavam a isso (oferta, aceitação). Por isso. há efeitos próprios, típicos, da bílateralidade do negócio jurídico.

5.

Aceitação, manifestação de vontade com destino. Rara o direito romano, o contrato era algo de todo orgãnico, que se não podia cindir que só se dava como todo (cl. Kahler, Vertragschlies *sung* un ter Abwesenden, 7-9; Th. Szamotulshi, Vcrtragssch luss *atine Annahrneerkiàrung. 4* sã. Tudo se passava entre presentes. Assim também no direito germânico, mais acentuada a ligação do devedor, pela palavra dada (O.

von (Sierke. Deutsches Priuatrecht, 1, 288: A. Heusler, *Institutionen,* 1, 60), O direito comum desenvolveu a técnica dos contratos entre ausentes, começando a separar os dois negócios, o da oferta e o da aceitação, ainda pontilhada de dificuldades e contradições a doutrina, com prejuízo para o tráfico (E. Meischeider, Die *alten* Streitfragen, 18 s.). Muito se perdeu em não se ver cedo que a revogabilidade podia coexistir com a vinculação, pois enquanto não se revoga a oferta permanece de pé e pode ser aceita.

No conceituar-se a aceitação pouco se podia adiantar, porque a evolução se tinha de operar a respeito da oferta em si mesma. A aceitacão é a manifestação de vontade logicamente após, posterius. em relação à oferta, suscetível de ser nula ou anulável como a oferta mesma, tombando o negócio jurídico bilateral, O

conteúdo dela, no que vai constituir o negócio jurídico bilateral, há de coincidir com o da oferta, Por onde se vê que há dois negócios que se destinam a formar um só. Nada mais regressivo do que aventurar-se, como R

Krúckmann *(Uber den Vertràgsschluss,* 65 s.). que a aceitação apenas é condição de eficácia (pressuposto, queria dizer), sem eficácia jurídica **(?).** improdutiva. A incindibilidade do contrato é reminiscência romanística, de que não se livraram A. Thon (Rechtsnorm und *subjektives Recbt.* 358) e E. Goldmann-Lílicnthal *(Das BÊ‟* rgerlicbe *Gesetzbucb,* 1, 110). Oferta *e* aceitação existem, no mundo jurídico, antes do negócio jurídico bilateral: não se pode dizer que o todo seja incindido, nem que os dois conceitos excluam o de negócio jurídíco bilateral (cf. E Endemann, *Einfúhrung,* ~, 3ª-4ª ed., *285;* L, Kuhlenbecl{. *von den* Pandekten zum *BGB,* 1, 347). tanto mais quanto a oferta eivada de erro entra no mundo jurídico, pode ser aceita e as aceitações, de que trata o art. 1.083, são tidas como ofertas (B. Matthiass, *Lehrbucb,* 1, 2ª ed., 169), Não importa a diferença entre a aceitação, se o contrato é bilateral, ou se unilateral, o que levou A.

Koeppen (Der obligatorischen Vertrag unter Abwesenden. *iahrbúcher fOr* die Dogmatik, 11, 334) a considerações erradas: porque a diferença. aí, é só no plano da duplicidade de deveres dependentes.

Surge aqui o problema das ofertas que se cruzam (A oferta *ab* a B, B oferta ab a A, isto é, o mesmo).

~Nasce negócio jurídico bilateral dessas duas ofertas? Afirmativamente, E. Matthiass *(Lehrbuch,* 1, 2ª ed., 169 s.), C. Crome *(System,* 1, 396), H. Dernburg *(Pandekten,* li, 28, nota 2), E Regelsberger *(Pandekten,* 1, *552,* nota 4), A. Koeppen (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jahrbúcher fOr die Dogmatik, 11, 383) e A. Marsson *(Die* Natur der Vertragsofferte, 82); negativamente, Konrad Cosack *(Lehrbuch,* 1, V ed., 172, e depois), B. Windscheid *(Lehrbuch,* II, T ed., 151. nota 2, e depois), H. Schott (Der ob/igatorische Vertrag, 59 s.), H. Degenkolb (Zur Lehre vom Vorvertrag, *Archiv* fOr die civilistische *Praxis,* 71, 17, nota 30) *e* Kahler *(Die* ilertragsschuiessung unter *Abwesenden,* 56 s.). Seria demasiado apego ao prius do negócio jurídico bilateral exigir-se que ele não tenha eficácia de *posterius,* se antes dele se ofertou o que a ele devia suceder. Não há superioridade conceptual entre oferta *e* aceitação: por isso mesmo se pôde redigir o art.

1.083. Não seria de acordo com os fatos da vida que não se tivesse

como aceitação a oferta que coincide com a que se fez. Outra solução poria em situação de desigualdade quem oferece e quem aceita: a aceitação poderia, nas espécies do art. 1.083, ser oferta, *e* a oferta não poderia ser aceitação. Tanto mais quanto, se o oferente envia a mercadoria, o próprio consumo pelo destinatário conclui o contrato. Nem teria sentido exigir-se que a segunda oferta das que se cruzaram fosse algo de intercalar entre oferta e aceitação (sem razão, A. Hildebrandt, Die *Annahme* eines \/ertragsantrays, 13). O que importa à conclusão do contrato é o consensus; e o consensus ocorre se há oferta, que se aceita, por se considerar oferta, ou se há oferta a que sucede oferta que se tem de ter como aceitação. Ambas as manifestações de vontade, unilaterais *e* receptícias, são elementos do *consensus,* sem qualquer diferença que a da anterioridade da oferta á aceitação.

A oferta posterior, de duas ofertas que se cruzaram, é‟ sim" mais circunstanciado; *e* a oferta anterior continua oferta, que se aceitou. Naturalmente, há-se de exigir a coincidência perfeita, pois, se tal coincidência não ocorre, a aceitação é ineficaz como aceitação e pode ser eficaz como outra oferta. Pode também ocorrer, excepcionalmente, entre presentes.

Quanto á aceitação que contenha acordo mas venha após aceitação que foi ineficaz, não há solução a priori: pode ser que o oferente mantenha a oferta, tal como se o destinatário responde: "aceito, segue carta com pequenas alterações", ou simplesmente, „aceito, segue carta"; porque, então, respectivamente, a aceitação é contra-oferta, ou aceitação ineficaz que se pode tornar eficaz, se a carta contém aceitação sem modificações (cp. A. Assmann. Die unbeste/Jten *Zusendunqen, 49;* A. Hildebrandt, Die *Annahme* eines Vertrcigsantrags, 16 s.). O que faz o negócio jurídico bilateral não é a junção da aceitação à oferta, mas o efeito do consensus que resulta das duas manifestações de vontade, dos dois negócios destinados à conclusão do negócio jurídico bilateral.

6.

Espécies de aceitação. a) Por vezes, a aceitação é em manifestação de vontade recepticia, ou em declaração de vontade às vezes, não se exige a declaração, nem a recepticiedade. Há a aceitação tácita, por atos mímicos ou simbólicos, ou por atos concludentes, positivos ou negativos. Pode ser entre presentes ou entre ausentes. *b)* A aceitação pode ser não-recepticia, por simpIes atividade volitiva entre ausentes

(aceitação tácita, "conclusão real", de E. Ehrlich, Die *stillschweigende Willcnserklàrung,* 112 s.), "perfeição real" de C. Crome (Svstem, 1, 382), por ato de deixação, de remessa, ou de tomada de posse, inclusive consumo. A aceitação por manifestação de vontade a terceiro (e.g., ao portador da oferta, ou a alguma repartição ou ofício) entra na classe a); a aceitação por ter o destinatário deixado de se manifestar em contrário dentro do prazo (aceitação pelo silêncio), desde que haja dever de responder, entra na classe *b).* O tráfico, o uso, é que determina quais os atos que bastam á aceitação tácita; de modo que, ai, mais a vida mesma que a ciência serve ao juiz. Cumpre, porém, observar-se que o oferente pode restringir ou estender o que o tráfico aponta como suficiente, inclusive dizendo qual a forma. Uma das aceitações mais frequentes é por pagamento a terceiro, de jeito que o ato é manifestação de vontade (aceitação), no tocante ao oferente, e ato-fato jurídico, respeito ao terceiro. O ato de aceitação tácita pode ser de disposição (o destinatário vendeu a coisa que se lhe remeteu, ou que estava com ele e lhe foi oferecida em venda e compra; o destinatário consome a coisa. ou começa a obra de conserto que se lhe encomendou, ou marca a mercadoria). O destinatário que recusa a oferta, ou deixa perceber-se que recusou, e pratica o ato que poderia exprimir aceitação, ou faz outra oferta, ou invade a esfera jurídica do oferente, quase sempre criminosamente (e.g., consumo de coisa alheia; cf. A.

Assmann, Die unbeste/Iten Zusendungen. 70; A. Hildebrandt, *Die* Annahme eines Vertragsantrags, 30 s.). A aceitação manifestada a terceiro, ainda ao público, já interessara aos técnicos do direito comum (E.

Windscheid, Lehrbuch, II. T ed.. 170. notas 3. 8 a e 9: E Regeisberger, Paridekten, 1, 548: 5. Schlossmann, Der *Vertraq,* 62). E preciso que a oferta ou alguma manifestação de vontade, anterior ou posterior, do oferente, que se deva considerar inserta na oferta, haja estabelecido tal destinação da aceitação. Não se trata, aqui, da aceitação ao órgão competente da pessoa jurídica, nem ao mensageiro, porque essa é aceitação ao oferente mesmo. A aceitação pelo silêncio só se admite onde se cria o dever de responder; não seria possível postular-se. "Responda. ou terei por aceita a minha oferta". *Se* não há dever de responder. o silêncio tanto pode ser sim como não. *Se* há prazo para se aceitar, de regra o silêncio é recusa: ainda quando, tendo havido aviso de recepção (e.g., recibo da carta em mão), não houve aceitação (A. Assmann, Die unbestellten Zusendungen. 69). Se a lei ou os usos do tráfico estabelecem dever de responder. ainda que o oferente não marque prazo, o silêncio pode ser aceitação. A remessa e recibo da fatura, sem oposição imediata do comprador, é aceitação tácita: a

oferta ao comerciante em termos de “remeta, pelo navio *tal.* a mercadoria a, que a compro. pelo preço da praça”, pode ser aceita pelo silêncio, porque há. em direito comercial, vindo já da Idade Média (E. Ehrlich. Die stillscbweigende *Willenserklã* rung. 175) o dever de responder Idem. assim em direito comercial como em direito civil, se a oferta tem por fito algum interesse do oferente junto ao destinatário (e.g.. „oferto-lhe pagar a nota promissória que está em seu poder, com as mercadorias que ai tenho”), ou vice-versa (e.g.. remissão contratual de divida do destinatário, cf. E. Regelsberger. Pande/cten, 1.

554: 1h. Szamotulsl. klcrtragsscbluss ohne Annabmeerklàr ung, 26). Havendo prazo para a aceitação, ou é legal. ou o do uso, ou o estabelecido pela oferta, ou negócio jurídico bilateral, a que a oferta se haja de amoldar Se a aceitacão há de ser receptícia, tem de ser recebida dentro do prazo, se não foi estabelecido que bastaria a remessa dentro dele. Se não receptícia, é preciso que se dê dentro do prazo: e.g., encomenda de tal obra, devendo ser terminada (ou começada) no prazo marcado. O ter sido dentro do tempo que, somado ao do percurso (art. 1.081, 2e alínea, 1), perfaria o da eficácia da oferta, e questão de fato, para se resolver conforme as circunstâncias.

7. Eficácia da aceitação. A aceitação é eficaz se a tempo de perfazer o negócio juridico bilateral; todavia, tardia, ou modificativa. tem eficácia de outra oferta (art. 1.083), salvo se o “aceitante” pré-exclui tal efeito.

Receptícia, a eficácia depende da recepção (art. 1.081, 11), ou de se ter expedido dentro do prazo (art. 1.081, III); não receptícia, de se ter dado dentro do prazo (arg. ao art. 1.084). Nos casos em que não se exige aceitação expressa, pode a oferta ser revogada se não é caso de prazo em que não pode ser revogada. A revogação da oferta ou da aceitação (art. 1.085, verbo „retratação”) é negócio jurídico unilateral, com manifestação receptícia de vontade. Não há revogação da aceitaçao se não é receptícia a manifestação de vontade; porque essa, dando-se, produziu todos os efeitos. Se a aceitação consiste em omissão, ou falta de recusa, à terminação do prazo perfaz-se o negócio jurídico bilateral. Então, a recusa teria de ser receptícia (sem razão, Th. Szamotulski, Vertragsscb/uss *obne* Annameer *kIài*“*ung,* 35). Se a aceitação podia ser tácita.

ou pelo silêncio. pode o destinatário aceitar expressamente ou em

declaração escrita, ou verbal, mas tal manifestação já é comunicação de ter aceito, porque a eficácia da aceitação foi no momento em que se fixou a resolução: não há mais revogação possível. Se. em vez de comunicação, houve aviso de que não deve o oferente considerar concluído o negócio jurídico bilateral antes de declaração de vontade de aceitação, fica afastada a conclusão se essa não chega no tempo em que poderia dar-se a aceitação tácita ou silente (sem razão, Freund, Die *stillschweigende* Vcrtragsannahme, 29: Th. Szamotulsl‟zi, *Vertragssch Iuss* obne An nahn‟7eerk/ãru ng. *35).* O aviso posterior a qualquer aceitação tácita. ou pelo silêncio, eficaz, é ineficaz.

§ 279. Análise dos negócios jurídicos unilaterais

1. Conceito. O Código Civil não definiu o negócio jurídico unilateral. Ao tratar das declarações unilaterais de vontade, apenas cogitou dos títulos ao portador (arts. 1.505-1.511) e da promessa de recompensa (arts.

1.512-1.517). Todo negócio jurídico contêm , pelo menos, uma manifestação de vontade; pode haver mais de uma, de um lado, sem haver qualquer outra, do outro lado. Se outra manifestação de vontade aparece, do outro lado, que se ligue à que exsurgiu, bilateraliza-se o negócio jurídico. Deve-se ao direito comum ter distinguido os negócios jurídicos unílaterais e os bilaterais. O direito romano poucos daqueles negócios conhecia, ainda assim tirados, historicamente, de contratos, como o testamento. O consensus era o ponto de partida das construções jurídicas romanas; ao passo que o contrato foi desconhecido do primitivo direito germânico (cl. H. Siegel, *Das* k/ ersprechen *ais Ver* pflichtungsgrund. 3). No adimplemento dessas obrigações oriundas de declaração unilateral de vontade é que se podiam ver dois lados, que conduziam, — portam, vertraqen, como vergleichen. Daí ver-se tanto o credor, no direito romano, e ver-se mais o devedor, no direito germânico.

No conceito de negócio jurídico unilateral, não se alude à eficácia; alude-se à composição. A eficácia interessa quando já se está diante da classe dos negócios jurídicos bilaterais, isto é, quando se tem de separar a subclasse dos contratos bilaterais. Quanto à eficácia, os negócios jurídicos unilaterais podem ser sem qualquer repercussão na esfera jurídica de outrem, como a derrelicção e a renúncia. Chamou-os i. Breit (Zur Lehre vom Rechtsgeschâft, *Sàcbsisches Archiv.* 13. 297)

negócios jurídicos unilaterais *absolutos.* Os outros repercutem, como o reconhecimento, a denúncia, a revogação da manifestação de vontade, que também énegócio jurídico unilateral (D. G. Croissant Uhde, *Das einseitige Rechtsgescbdft,* 45, nota 2). O que caracteriza o negócio jurídico unilateral é menos o regramento autônomo das conseqüências jurídicas, que a unilateralidade de composição; por isso, a doação é contrato, o mandato é contrato, o depósito é contrato (cl.

arts. 1.165, verbis "que os aceita", 1.288, verbis "quando alguém recebe de outrem poderes", e 1.265, verbis

"recebe o depositário"). A outorga de poder é negócio jurídico unilateral; o mandato é contrato. Não há contrato sem aceitação. A fundacão (art. 24) é negócio jurídico unilateral. Não é bilateralizável, nem há espécie bilateral (sem razão, O. Fischer-W. Henle. Eúrgerliches Gesetzbuch. *4ª ed.,* 35), nem é negócio jurídico bilateral (L. Nâgelsbach, *Die eínseitigen Willenserkldrungen,* 73 s. que introduzia o elemento fictício da aceitação pelos administradores ou pela pessoa jurídica, porque, dizia, ninguém pode receber bens sem aceitar). O fundador somente funda. Nem os atos para a transmissão á pessoa jurídica, nem a formulação dos estatutos, nem a aprovação do art. 27, in fine, bilateralizam. Se se introduziu em contrato a fundação, a fundação rege-se por seus princípios e o contrato pelos seus. A denegação da aprovação pode atingir o contrato somente para ação de indenização, se é o caso, ex contractu.

O ato pelo qual se exerce o direito de preempção (art. 1.149) e o de resgate (arts. 1.140-1.143) são negócios jurídicos unilaterais.

Os negócios jurídicos unilaterais entre vivos não são, de regra, dependentes de recepção, não podem ser sob condição, ou a termo. (e.g., derrelicção); quanto aos dependentes de recepção *e* aos a causa de morte, em alguns se permitem condições e termos (promessa de recompensa, títulos ao portador. fundação). Discute-se respeito à denúncia, negando-lho, — além de E. Endemann — H. Rehbein. H. Dernburg e Er. Leonhard, W.

lmmerwahr *(Die* Mndigung, 80 s.) e D. G. Croissant Uhde (Das eínseitige *Recbtsgeschàft,* 82 s.); permitindo-lho E Litten (Die *Wahlschuld,* 154 s.), que aliás tinha tendência a generalizar a condicionabílidade. Os assentimentos também não são condicionáveis, nem as ratificações.

2. *A* renúncia. A renúncia é categoria jurídica de direito público e de direito privado. Porque há elemento abdicativo, renuncíativo (de *re-nuntium,* o que traz ou leva novidade, *novum),* em diferentes institutos, a linguagem vulgar fala, por exemplo, de renúncia ao débito, em vez de remissão de divida (cf. renúncia à herança, em vez de repúdio, (e, pudere. envergonhar-se). A remissão de dívida pode ser, no direito brasileiro, unilateral ou bilateral; obter, noutros sistemas jurídicos, em que é sempre contrato (e.g., Código Civil alemão. § 397: suíço, art. 115, cp. art. 577, que é caso de repúdio). O que caracteriza a renúncia é a deixação do que évalor para alguém (direito, pretensão, ação. exceção), por manifestação de vontade, que é bastante, em si, para isso, posto que. de regra, seja receptícia. E renúncia a deixação de direito expectativo; não o fato de se não adquirir direito, pretensão, ou ação. ou exceção, se, com isso, não se ext inguiu direito expectativo. Nem no é a pré-exclusão de efeitos do negócio jurídico, se dependia de manifestação de vontade contrária, ou. pelo menos, fora de dúvida, *Se* a manifestação de vontade não tinha por fito o novum (renuntia, re-nuntium, de *novum),* ainda que, com isso, se extinga direito, pretensão, ou ação, ou exceção, não há renúncia.

De ordinário, é receptícia a renúncia: às vezes, a lei exige. a mais, outro elemento (e.g,, o registro no Registro de Imóveis, Código Civil, art. 589, II e § 1ª).

Não se podem subordinar todas as espécies de renúncia àmesma disciplina. Há regras jurídicas concernentes só a algumas. ou alguma delas (cf. Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichtes, *Archiu fOr Búrgerliches Recht.* 42. 318).

A renúncia é abdicativa. Não , porém, *traslativa:* se o fosse, confundo-se-ia com a alienação, a transferência, Alguém pode ter de receber a renúncia e aproveitar-lhe a si, ou a outrem, a renúncia; mas a renúncia, simplesmente abdicativa, como é, só indiretamente aproveita a outrem. Quem renuncia só perde, não transmite, Ainda quando se trate de renúncia a direito real sobre coisa de outrem, a renúncia não é traslativa ou restitutiva: o benefício do proprietário é conseqüência da renúncia, porém não está conceptualmente incluso nela, Por isso mesmo, a aceitação é ato supérfluo; ou continha recepção, indispensável à eficácia da renuncia, ou a recepção não era indispensável e, então, toda a manifestação de vontade foi supérflua, Sempre que se fala de renúncia, aludindo-se a aceitação, é de outro negócio jurídico que se deve cogitar,

A renúncia é negócio jurídico abstrato, se bem que o negócio jurídico causal possa ter relevância para a interpretação da declaração de renúncia. No direito público e no direito privado, negócio de disposição. Não importa qual a causa por que se renuncie, nem se a favor de quem, Se receptícia. dirige-se ao oficial público dos registros, ou aos representantes das sociedades, de que se faz parte, ou á pessoa a quem aproveita *(e.g.,* o proprietário do imóvel gravado), ou ao juiz.

3. *Renúncia à* prescrição e outras renúncias, A renúncia *à prescrição,* portanto á exceção, é verdadeira renúncia, declaração unilateral de vontade. receptícia, por parte do titular da pretensão. A renúncia *à* execução do contrato é renúncia em sentido próprio, declaração unilateral de vontade do credor, receptícia: ligao; se também reclamou perdas e danos, sem ser as de que cogita o art. 1.092. parágrafo único, do Código Civil, não pode pedir a resolução do contrato bilateral. A renúncia *à* compensação, inserta no próprio negócio jurídico, de que emana o crédito, ou fora dele. simultânea ou posterior a ele, é renúncia, no sentido próprio. declaração unilateral do devedor, receptícia. A renúncia *às ações* constitutivas negativas (e.g., revogação e anulação, rescisão, resolução, resilição) é renúncia. em sentido próprio. Não é renúncia. se bem que o termo se empregue na linguagem vulgar o declarar se ou manifestar-se a vontade de não fazer se para fazer estávamos com direito. Com tal declaração, ou manifestação de vontade, o nonum, que se cria, e a obrigação de omissão, que. por certo, é efeito de fato jurídico novo, não, porém, renuncia.

4. *Falsas* renúncias, Tampouco é renúncia a declaração ou manifestação de vontade por parte do oferente, a dispensa da aceitação, na espécie do aí‟t. 1.084 do Código Civil (cf. Código Civil alemão, § *151,* onde o verzichtet foi grave cochilo, de que não se têm livrado, a seu turno, os comentadores e tratadistas). Nem é renúncia a declaração de vontade de promitente de recompensa, quanto a fazer irrevogável a sua anterior promessa (Código Civil, art. 1.514, 1ª alínea). Nem, ainda, a que se tenha inserto no negócio jurídico da promessa de recompensa (art. 1.514, 2ª alínea, *verbo* renuncia o arbítrio", erro da espécie do que acima apontamos no § 151 do Código Civil alemão).

5.

Renúncia *à* exceção e renúncia *à* pretensão. A renúncia *à* exceção pode ser unilateral, antes ou depois do exercício da exceção. Renunciando-se a ela, não se pode revogar a renúncia. A renúncia, negócio jurídico unilateral, é irrevogável, desde a recepção. A renúncia de pretensão interpreta-se como remissão de dívida.

A renúncia à pretensão reivindicatória é *breui* manu traditio, se há, a mais, o propósito de transferência; se o não há, apenas se criou, ou se manteve, a obrigação de deixar ao possuidor a coisa, o que não gera crédito contra o adquirente a título singular. A renúncia à herança, provinda do *repúdio.* rege-se por princípios próprios: beneficia a quem é chamado junto ou depois do repudiante; ainda quando se insira em negócio jurídico oneroso (se o beneficiado ou outrem indeniza), as regras jurídicas dos contratos bilaterais não são de invocar-se, tal como a do art. 1.092. parágrafo único, do Código Civil; nem são de invocar-se as regras jurídicas dos negócios jurídicos gratuitos, por fraude aos credores, salvo o que se estatui no art. 1.586, ou as regras jurídicas das doações. A construção da renúncia "bilateralizada" é a de renúncia mais negócio jurídico bilateral; inserta em negócio juridico oneroso, continua unilateral e esvazia-se de gratuidade.

6.

Irrevogabilidade da renúncia. A irrevogabilidade da renúncia começa, se ela é recepticia, da recepção; se não precisa de recepção, da emissão. A exigência de aceitação bilateralizaria a renúncia e fá-la-ia negócio jurídico sinalagmático, — o que de modo nenhum, na dúvida, se há de admitir. *Se e* enquanto produz efeitos, existe fato jurídico. Se nenhum outro efeito produz o ato jurídico que o de não poder ser revogado, diz-se que só produziu esse efeito e o vinculativo, — efeito mínimo. Os atos jurídicos revogáveis são atos que produzem outros efeitos que esse, ou a cada momento podem produzir. Tratando-se de renúncia, o seu efeito de irrevogabilidade não se confunde com o de sua definição mesma; porque a declaração de renúncia pode ser irrevogável antes de se operar a disposição, a que se destina. E o caso da renúncia de que trata o art. 589.

II, do Código Civil: pode ser irrevogável antes do registro (art. 589, § 1ª). No direito brasileiro, a renúncia à propriedade, ou aos demais direitos reais, só tem o efeito de perda do domínio, ou de outro direito real, com a averbação cancelante (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de

1973, art. 167, II, 2); no entanto, pode, antes, já ser irrevogável. E superior a outros sistemas jurídicos, nesse ponto, o direito brasileiro (e.g., o alemão), porque não dá o efeito real desde logo: o cancelamento, em averbação, ato de direito público, é indispensável à extinção do direito real.

A renúncia não dependente de recepção é irrevogávei desde a emissão; a renúncia receptícia, desde a recepção. A irrevogabilidade diz respeito à declaração de vontade; não à eficácia de direito das coisas, ou de sucessões, ou, ainda, de direito público. *A* fortiori, a eficácia anexa pode produzir-se, ou deixar de produzir-se, a despeito da irrevogabilidade. Sempre que se edicta regra contratual segundo a qual a sociedade só se dissolve se x membros renunciarem, a renúncia de 1 a x-1 dos membros produz todos os seus efeitos adequados; o que só se produz à última das x renúncias é o efeito anexo. Tem-se, pois, de distinguir a eficácia *própria,* adequada, *e* a *eficácia* anexa. Deve-se a A. Wach *(Handbucb,* 1, 626 s.) ter isolado a eficácia anexa, que. antes dele, andava confundida com a eficácia própria (cf. H. Sperl, *Lehrbucb,* 1, 829; R.

Pollak, *Spstem,* 2ª ed., 548; nossos Comentários ao Código *de* Processo *Civil,* II, 470 s.). E imediata a eficácia da renúncia quando ligada a estipulação a favor de terceiro (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 31ª-35ª

ed., 118). É dependente de recepção toda renúncia que se refere à participação social ou a partes em comunhão.

Se os poderes podem ser irrevogáveis, a renúncia á faculdade de revogá-los não é, propriamente, renúncia, a despeito de que a tinham como tal os juristas. Quando se pensa em revogabilida de, está-se no mundo fático, de onde nova *voz,* partindo, pode interferir no mundo jurídico. Os juristas alemães, por exemplo, perderam longo tempo em discutir se era de admitir-se. ou não , a "renuncia a revogação (afirmativamente: 1 Hupka, Die *Yollmacht,* 411: A. von Tuhn Die Allgemeine *Teu,* III. 409, nota 215: li. Enneccerus. *Lehrbucb,* 1, 471; O. Warnever, Kommentar, 1, 316: negativamente: LI. Rehbein, Das *BCB,* 1. 274: G‟ Plancl‟ç, Kommentar, 1, 4ª ed,, 455 s,). Não viram que revogabilidade énegaçao, não viram que é apenas o nome que se dá a nãovinculação, ao poder de retirar a vox. O testamento é revogado pelo ato da voz nova *(re-vocatio),* que entra no mundo jurídico, e, de lá, ex nunc, o expele. A procuração é revogada pelo ato da voz nova, que entra no mundo jurídico, *e* de lá. ex nunc. a expele. Não há direito a revogar testamento, porque a revogabilidade não é efeito do negócio

jurídico do testamento: o que se dá é que o testamento e a procuração revogável deixaram de ter o efeito de vincular a vox. Quando se discute se pode haver, ou não, renúncia à revogação, emprega-se renúncia no sentido vulgar atécnico. em que falamos de renunciar às aspirações. renunciar a emendar alguém, ou a reparar o muro. O mesmo raciocínio cabe quanto à erronia que aparece no art. 1,514, 2ª alínea, do Código Civil,

7.

Renúncia em direito *público.* Em direito público, há renúncia no ato de isentar de impostos ou taxas, de prorrogar prazos de pagamento. de *relevar* faltas, de dispensar emolumentos e custas, de indultar ou de comutar pena. Por parte dos cidadãos e mais titulares de direitos públicos, quase todos os direitos, pretensões. ações e exceções são irrenunciáveis (princípio da irrenunciabilidade dos direitos *públicos).* O ato de renúncia é nenhum; portanto. ineficaz, Ainda quando não se diga ser obrigatório o voto, não se pode renunciar ao direito de votar, posto que o membro do partido possa prometer votar nos candidatos, não podendo a sanção ir além da eliminação segundo os estatutos. Os funcionários públicos, que se demitem, renunciam: renunciam os que têm representação popular como o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Senadores, Deputados e Vereadores.

8.

Renúncia e promessa de renúncia. Uma coisa é a renúncia: outra, a promessa — unilateral ou bilateral

— de renunciar. Aquela gera defesa completa contra o renunciante, porque o direito, a pretensão, ou ação, com a renuncia, deixou de ser Essa apenas gera exceção ao direito, ou ao direito e à pretensão, à pretensão, ou a ação, a que se prometeu renunciar.

A renúncia distíngue-se da *remissão de divida* em que toda remissão de divida contém renúncia, porém nem toda renúncia produz remissão de dívida com eficácia imediata na relação jurídica. A renúncia é unilateral, de ordinário (renúncia do legado, ou da herança, renúncia à propriedade, a direito real). Não há renúncia ao direito obrigacional de preempção. De regra, as exceções de direito material não são renunciáveis; posto que a grande maioria delas permita a desistência processual.

A renúncia é disposição. em virtude da qual o titular de direito, pretensão. ou ação, afasta aquele. ou uma dessas, de si. sem que. por isso, outrem adquira o direito, a pretensão à ação. E retirada: anuncia o titular que se retira da relação jurídica (renuntia). Assim, se o credor hipotecário renuncia à hipoteca, essa se extingue. observados os arts. 849, III. *e* 850; o que o proprietário recebe é por força da lei, e não por força de negócio jurídico.

§ 280. Negócios jurídicos consensuais negócios jurídicos reais

1.

Consensualidade e *realidade.* A distinção entre consensualidade e realidade dos negócios jurídicos provém do direito romano; e interior ao direito das obrigações: contratos consensuais. contratos reais (Realverträge). Outra é a distinção entre negócios jurídicos de direito das obrigações (negócios jurídicos obrigacionais) *e* negócios jurídicos de *direito das* coisas, — os dingliche lIertràge de E. von Savigny, expressão que traduzimos por contratos ,em reais, para evitarmos a ambigoidade, em que têm incorrido, de regra, os juristas de línguas latinas, ao traduzirem por contratos reais tanto Reclverträge como dingliche klertràge.

2.Negócios jurídicos reais. Nos negócios jurídicos reais, há elemento real, que implica a entrega da coisa; aliter, quanto à propriedade imobiliária, pois o acordo de transferência (com o efeito, *posterior,* do registro) não é negócio jurídico real, posto que seja júri-real.

Nos negócios de direito das coisas, em particular nos negócios jurídicos reais, a *entrega* é elemento de suporte fático, necessário à suficiência desse: sem ela, o negócio jurídico não é. Por isso, a doação de bens imóveis há de conter o acordo de transferência , que é necessário, e basta para que se satisfaça aquele requisito de existência da doação, embora o efeito real dependa do registro. Note-se a cisão que a exigência do registro para a transferência da propriedade imobiliária provocou na concepção e construção romana dos contratos reais. Se houve o acordo de transmissão da propriedade imobiliária, o contrato real de doação é e irradia os seus efeitos, inclusive a ação de

indenização por ofensa ao direito formativo, que exsurge do acordo (e.g., se alienou a outrem, que registrou primeiro o negócio jurídico) e por infração contratual, pois que a doação se perfez. Têm-se, apenas, de observar os arts. 1.179 e 285.

§ 281. Negócios jurídicos obrigacionaís e negócios jurídicos júri-reais 1.

Negócios jurídicos obrigacionais e negócios jurídicos de direito *das* coisas. A expressão "contrato júrireal" traduz dinglicher *Vertrag,* nome que se deve a E von Savigny (System, III, 312 s.) e evita contrato real, que corresponde a Rea/vertrag. O conceito como de negócio jurídico de direito das coisas é útil à ciência do direito; como de contrato com eficácia real, não só destoa dos fatos, como também suscita questões sutis, que. sem ele, não surgiriam. Por outro lado, assentou-se que todos os "contratos júri-reais seriam abstratos, o que estabeleceria, para o direito brasileiro, no qual a tradição é causal, o dilema: ou o acordo de transmissão da propriedade mobiliária é negócio jurídico júri-real, e então há negócios jurídicos júri-reais que não são abstratos, ou só há negócios juridicos júri-reais abstratos e então o acordo de transmissão da propriedade mobiliária não é negócio jurídico júri-real. Tem-se, preliminarmente, de limpar o pensamento jurídico de afirmações apressadas como essa: "Todo negócio pertencente ao direito das coisas é abstrato", pois há negócios jurídicos de direito das coisas que não no são. Depois, tem-se de cancelar a afirmação de que a eficácia real é necessária ao acordo de direito das coisas:

basta que haja o efeito de direito formativo de direito real.

2.

Acordo *e ato -fato jurídico.* Os negócios jurídicos ou contratos júri-reais (= dingliche Verirége) seriam aqueles pelos quais se criam, ou se modificam, ou se transferem direitos reais. Em verdade, porém. com isso se englobam no mesmo conceito dois fatos jurídicos distintos, o acordo a que se refere todo tradere e a entrega de móveis (ato-fato jurídico), ou o acordo e a transcrição ou inscrição, que substituiu o ato-fato jurídico (ato real) da entrega. Quando os juristas falam do acordo como elemento do suporte fático do contrato júri-real (dinglicher *Vertrag),* ao lado do elemento real, adotam conceito artificial que, em vez de servir, vem obscurecer a terminologia do

direito (e.g., L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 358 5.; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 104 s.. 198 5.; A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teil,* II. 221). Quase sempre se baseiam, para a definição dos contratos júri-reais, em que o efeito real deles não se produz antes de se haverem agregado todos os elementos do suporte tático. A confusão entre plano da existência do fato jurídico e *plano da eficácia* é evidente. O iurista pode, por utilidade prática, servir-se de conceitos novos, artificiais, auxiliares; não, porém, tirar dessa utilização deformações do mundo em que trabalha. No caso do acordo de transferência, é ressaltante que vêem um só suporte fático onde há dois suportes fáticos, aos quais correspondem dois fatos jurídicos (o negócio jurídico do acordo e o ato-fato jurídico da entrega, quiçá. na tradição *brevi* manu ou na tradição longa *manu,* ou no constituto possessório, ato jurídico stricto sensu, ou o acordo e o ato estatal do registro).

A concepção dos negócios jurídicos de direito das coisas como englobantes do acordo e do registro. ou da entrega (teoria do negócio jurídico *júri-real),* considera a transmissão da propriedade (ou a constituicão de direitos reais) como "contrato" ou „negócio jurídico bilateral real", em cujo suporte fático estão o acordo e o registro ou a entrega. A concepção dos negócios jurídicos de direito das coisas como apenas dotados de eventual efeito real, pelo registro ou pela entrega, é a teoria do acordo negócio jurídico, que distingue existência e eficácia *real.*

O acordo de transmissão, quer seja abstrato (propriedade imobiliária), quer causal (propriedade mobiliária), é de direito das coisas; dele é que nasce o direito formativo à transmissão, exercivel desde logo e enquanto outro outorgado do mesmo outorgante nao o exerce. Tratando-se de transmissão mobiliária, o que faz causal o acordo é a regra jurídica que. aí, faz a eficácia real depender da causa: o negócio jurídico causal, que é o negócio jurídico básico, traspassa o acordo, que é como transparente, até subordinar a tradicão à sua causa. E isso que faz ser concreto, e não abstrato, no direito brasileiro, o acordo de transmissão de móveis: mas, se o negócio jurídico causal o traspassa, é porque as regras jurídicas concernentes à tradição como um dos modos de aquisição da propriedade móvel permitem que se veja, da tradiçâo. através ainda do acordo, a causa mesma do negócio jurídico básico.

Se consideramos os acordos de transmissão negócios jurídicos de

direito das coisas, porque deles resulta direito formativo, e não pretensão obrigacional, — o conceito é útil, necessário mesmo, porque os contratos, que são os negócios jurídicos obrigacionais mais importantes, não têm, — salvo no direito francês e nos que o seguiram, contra os princípios, por força de absurda interpretação cujaciana, — o efeito da transmissão. O acordo de transmissão da propriedade imobíliãria é, no direito alemão e no brasileiro, de direito das coisas, e abstrato; o acordo de transmissão da propriedade mobiliária, no direito alemão, é de direito das coisas e abstrato, mas. no direito brasileiro, de direito das coisas e causal.

§ 282. Aceitação e dissenso

1.

Conceito técnico. Para que se dissinta é preciso que tenha havido propósito de chegar a acordo *e* tenha, sobre um ponto, faltado a concordância. *Se* A oferta *e* B não no aceita, não se há de falar de dissensus.

porque não houve qualquer aparência de ato jurídico: a oferta caiu no vácuo. Diferente é o que se passa se A oferta *abc* e B aceita *ab e* A não percebe que B não aceitou *c* ou B pensa que A só ofertou ab. Tecnicamente, de dissensus só se cogita se houve algo sobre que se acordou e algo sobre que se dissente. Quem recebe a oferta ou a aceita, perfazendo o negócio jurídico bilateral, ou não na aceita, ou faz nova oferta. E preciso que a oferta lhe tenha sido destinada. Em princípio, não pode aceitar, ou repelir a oferta aquele a quem não fora dirigida, nem o destinatário, que dela teve conhecimento, sem que se lhe houvesse endereçado, ou sem que lhe houvesse chegado, nem se pode entender que repeliu a oferta o destinatário que dela não teve ciência. Os negócios jurídicos em que não se precisa a quem se dirige a oferta são raros; e aqueles em que alguém promete. sem se precisar da promessa de outrem. ou de aceitação. são negócios jurídicos unilaterais. Pode mesmo dar-se que haja declaraçao de vontade, a que, na letra de câmbio e na duplicata mercantil, se chama

“aceite”, sem que a declaração do aceitante se ligue à outra, perfazendo contrato. Também, de regra. a aceitaçao. que compóe o negócio jurídico bilateral, é receptícia: o seu fim é a bilateralização do negócio jurídico. Há de provir do destinatário, ou do herdeiro, se é o caso, ou do representante que tenha poderes expressos, que apresente

a prova, salvo se não cabe representação. A gestão de negócios alheios rege-se por seus princípios. A aceitação há de dirigir-se ao oferente, seu herdeiro, ou representante com poderes para a receber; se foi dirigida a outrem, inclusive a terceiro a favor de quem se estipulou, é ineficaz. Até chegar ao oferente, a aceitação é revogável (art. 1.085, cp. art. 1.082).

A recusa da oferta é manifestação de vontade recepticia, negócio jurídico para que se nao componha o negócio jurídico bilateral. Por ele, o recusante dispõe do direito que nasceu da oferta, pois toda oferta é negócio jurídico de que já se irradiam efeitos antes de se compor o negócio jurídico bilateral, que talvez não se componha. Se a aceitação leva consigo alterações, é nova oferta, contra-oferta, e não aceitação, de modo que o primeiro oferente tem de aceitá-la, ou não. Quem recusa há de ter direito de aceitar e ser capaz; há de dirigir a recusa ao oferente, seu herdeiro, ou representante. Se no momento de se aceitar não chega a revogação, perfaz-se o negócio jurídico bilateral. Tal eficácia pode ser antecipada (ser ex tunc) se assim se ofereceu e aceitou. *Se* por alguma razão se ataca a recusa (nulidade, anulabilidade, revocatória falencial por fraude contra credores ou simulação), fica se ainda seria tempestiva a aceitação — ao destinatário (ou ao síndico da falência) aceitar ou recusar. Se o destinatário não responde, não se há de inferir que aceitou, nem que recusou: a oferta ou continua de pé, ou perdeu eficácia (art. 1.081). Salvo se incide o art. 1.084. Se o destinatário tem dever de aviso. coitio se se obrigou, por anúncios públicos, a se incumbir de algum ato (e.g., despachos alfandegários, ou nos correios), a falta de aviso ou se entende aceitação, ou dá o dever de reparação do interesse negativo. Se há dever de aviso *e* não há a aceitação *e* falta de aviso, há a reparaçao.

A aceitacão deve ser inequívoca. Pode ser expressa, ou tácita, salvo se a lei a exige expressa (art.

1.079). Por exemplo: A oferece alugar a casa de B por x e B remete as chaves a A: A pede emprestado a B

certa quantia e B lha remete. *Se B* tinha outra vontade, como se remeteu as chaves para que A passasse o domingo na casa, ou a semana, pois que se dissera isso ao empregado de A que recebeu as chaves, não há aceitação; se remeteu as chaves a A, por pensar que A fosse o outro A, que lhe falava no clube, houve erro, e cabe a ação de anulação. A forma especial da aceitação é necessária se o é para a

oferta, mas a forma especial pode ser exigida, voluntariamente (e.g., art. 133), para a oferta, sem no ser para a aceitação, e vice-versa. O oferente mesmo pode exigir forma especial para a aceitação.

Quanto ao conteúdo, a aceitação deve corresponder, em toda a extensão, á oferta. Se o oferente deixou alguns pontos a líbito do destinatário, tem esse de manifestar, a respeito desses pontos, a sua vontade, se essenciais. A aceitação que modifica (restringe ou amplia a oferta), ou fora do prazo, apenas exprime nova oferta (art. 1.083): houve recusa, seguida (logicamente, pelo menos) de nova oferta.

O art. 1.084 cogita das aceitações não-recepticias: "Se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa." São exemplos de aceitação não-receptícia (a), em virtude de lei ou de costume: *a)* as de que trata o art. 127 do Código Comercial; *b)* as feitas por escritura pública após a da oferta, no mesmo cartório e no mesmo dia; c) se houve condenação judicial à aceitação (Código de Processo Civil, art. 641); *(b)* em virtude de declaração de vontade: a) as que se fazem a oferta que dispensou a recepção (então, a aceitação em escritura pública, ou não expedida, é irrevogável); *b)* as que se fazem, tendo-se dispensado em negócio jurídico bilateral a aceitação receptícia; *c)* se o oferente exige a execução imediata do negócio jurídico bilateral (e.g., operações de bolsa ordenadas por telegrama, ou telefone), ou as circunstâncias mostram que houve dispensa da recepção, como se foi enviada com a oferta a coisa. Em *(b)* há renúncia do oferente á recepticiedade da aceitação. Em (a), a recepticiedade é pré-excluída por lei, ou regra jurídica não-escrita.

É preciso que haja coincidência entre todos os pontos da oferta e todos os pontos da aceitação. Se algum ponto da oferta não foi aceito, ou se algum ponto há, a mais, na aceitação, não há coincidência entre as manifestações de vontade: dá-se o exsentimento, isto é, a falta de acordo; o negócio bilateral não se forma, de modo que seria absurdo pensar-se em sua entrada no mundo jurídico. A aceitação, com ponto a mais, ou com ponto a menos, importa nova oferta, salvo se o próprio aceitante excluiu tal eficácia (o art.

1.083 é regra jurídica dispositiva). Há dissenso manifesto quando na declaração mesma se aponta a coincidência em todos os pontos, mas se deixa dúvida quanto a um, ou alguns, para o caso de o outro

figurante não acabar por concordar. Por exemplo: A oferta a B a venda, nos termos abcd, *e B* diz, em resposta, que aceita, se bem que espere que A retire a cláusula d. Surge a dúvida se B aceitou tanto abcd quanto abc, dependendo de A condescender ou não, ou se B apenas aceitou abc. na suposição de que A excluiria a cláusula d; se A *e B* estão em trato *e* vão assentando os seus acordos e firmam o contrato, deixando para mais tarde decidirem sobre o ponto d, entende-se que houve acordo; também não há dúvida quanto à conclusão do contrato, se todos os pontos foram objeto de acordo e apenas se discute o conteúdo daquilo sobre que se acordou. *Se* os interessados ficaram de acordo sobre abc. e não sobre d. e há dúvida sobre ter-se concluído, ou não, o negócio jurídico, entende-se que se não concluiu, uma vez que os figurantes sabiam da discordância. Em todos esses casos há dissenso manifesto. Quem alega a conclusão tem de provar o acordo sobre todos os pontos essenciais (essentia/ia); a outra parte tem de provar que os pontos secundários (accidenta/ia). ou o ponto secundário que ela exigira, não obtivera acordo, ao que a primeira pode opor que houve acordo, ou que a outra parte não exigira acordo sobre esse ponto (naturalmente, a discussão somente pode ser sobre o que não é essencial ao contrato, cf. H. Beckh, Beweis/ ast nach dem 808, 192, **L.** Rosenberg, Zur Lehre vom sog. qualifizierten Gestãndnisse, *Archiu* fúr die civi/istische *Praxis. 94,* 28; sem razão, Er Leonhard, *Die Beweislast,* 314).

Se não houve acordo total, ou se não houve acordo sobre o essencial do negócio, não se pode falar de negócio jurídico: a soma dos elementos fáticos não produziu suporte fático que pudesse entrar no mundo jurídico. Por isso mesmo seria absurdo alegar-se erro, ou dolo, ou coação, ou outro vício de vontade, porque.

em verdade, não houve negócio jurídico. O acordo há de ser sobre todos os *essentialia* negotii, como também sobre todos os accidentalia e naturalia, desde que um dos manifestantes da vontade quis incluir aqueles no contrato. Enquanto não se conclui o negócio jurídico, o figurante pode exigir algum ponto. ainda que sobre *ele* nada houvesse manifestado. Quando se fala de todos os pontos, há-se de entender todos os pontos que até o momento de se pertazer o negócio jurídico foram exigidos e continuaram sendo exigidos.

Se. durante as negociações, se foram assentando os acordos obtidas (projetos. punctaçóes), nenhum vinculo se forma antes de se obter acordo sobre todos os pontos que hão de constar do suporte fático. Só os interessados podem tornar não exigido o que antes fora, isto é, somente eles podem tornar abc o elemento volitivo, em vez de abcd,

que antes se exigira. Por isso mesmo, em caso de dúvida, se tem como não perfeito o negócio. se algum ponto. antes exigido, não foi dispensado. Se o foi, ou incide o direito dispositivo, se o há. ou se tem por não regulado. negocialmente, o ponto.

Falsa exposição ou explicação do objeto dos contratos (falsa demonstratio) não é causa de exsenso, que impeça a entrada do suporte fático no mundo jurídico, nem de dissenso, que ponha o problema de ter havido ou não tal entrada.

O pré-contrato. quer se trate de pré-contrato sobre contrato real, quer se trate de pré-contrato sobre contrato consensual, somente entra no mundo jurídico quando se determine o conteúdo do futuro contrato, que há de ser concluído. E preciso que tal conteúdo se explicite, de jeito a que, no caso de não-adimplemento do pré-contrato. possa a sentença do juiz condenar o contraente ao adimplemento do pré-contrato *e* à execução (H. Rehbein, Das *Búrqerliche Gesetzbuch,* 1, 207). Dá-se o mesmo no caso de contrato que faz conteúdo seu as punctações, porque, se é certo que a punctaçáo, de si só, não entra no mundo jurídico, pode entrar como expressão de vontade dos contraentes, no que a elas remeteu o contrato.

Quanto às respostas telegráficas. ou telefônicas, “Entendido. segue carta”, “Aceito, segue carta”, ou

“Aceito, remeto instrumento”, é de discutir-se: a) se há aceitação com reserva da chegada da carta, ou do instrumento, contendo, talvez, modificações (0. Planck, Kommentar, 1, 393; H. Rehbein. Dos *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 221: 1—!. Dernburg. Das Búrgerliche *Recht,* 1, 439‟ nota 27; E. Endemann, *Lchrbuch,* 1, 95

ed.. 327, nota 7; EI. Titze, Die Lebre vom Missverstàndnis, 349): ou se há aceitação. não se admitindo alterações na carta, ou instrumento enviado. porquanto já se concluíra o contrato (P. Oertmann. A/ lgemeiner *TeU,* 20 ed., 463: Rechtsgrundsätze des Reíchsgerichts, *Arcbiv for Búrgerlicbes Recht, 9,* 153). A questão é quaestio facto se a carta, ou instrumento, é prova especial exigida, claro que não há pensar-se em perfeição antes de se assinar, ou de se remeter o documento, ou de chegar às mãos do oferente, conforme as espécies; se não há exigência de forma, podendo concluir-se por telegrama, ou por telefonema, o contrato, o que se há de entender é que houve aceitação, *e* a carta, ou instrumento, apenas tem função probatória. Muito diferente é o que se passa quando o aceitante diz: “Aceito,

aguarde carta", ou "Em princípio aceito" (F. Kleineidam, Em Beitrag zum Kapitel Vertragsabschluss, Das *Recht,* 15, 154). De modo nenhum há ressalva de modificações posteriores quando se pediu resposta telegráfica, ou quando a aceitação tem de ser dentro do prazo, não podendo chegar a tempo a carta, ou instrumento, ou quando se estabeleceu que a aceitação seria seguida de imediata execução.

Sempre que se acordou sobre forma especial, ainda o acordo total não basta para entrada do suporte fático no mundo jurídico, enquanto se não observa a forma exigida; tratando-se de forma pública, que se exigiu, há nulidade, em virtude do art. 133, e não inexistência.

2. *Dissenso encoberto.* Existe no direito brasileiro a regra jurídica não-escrita, segundo a qual, se os manifestantes da vontade não *se* puseram de acordo sobre certo ponto *e.* a despeito disso, concluíram o negócio jurídico, tem-se como válido, se cabe pensar-se que teria sido feita. E o chamado dissenso *latente,* ou, melhor, díssenso encoberto (versteckter Dissens): os figurantes talvez se creiam de acordo, mas em verdade não o manifestaram. Os juristas costumam dizer que há dissenso encoberto, se os figurantes se crêem de acordo e na verdade as manifestações divergem, com o que descem ao íntimo dos figurantes, sem pertinência, porque talvez não se creiam de acordo; outros, que, no díssenso encoberto, eles não se puseram de acordo, sem se darem conta da incongruência das manifestações. O que é preciso é que se abstraia de toda alusão ao elemento subjetivo: ponto havia, e há, sobre que seria mais consentâneo com o tráfico haver manifestação de acordo, e não houve. Por isso, havemos de inquerir se, prevendo a falta de manifestação de acordo sobre esse ponto. os figurantes teriam concluído o negócio jurídico. Ou, aí, houve acordo sobre todos os pontos, ou não houve, ou não foi manifestado. E escusado advertir-se em que, ex *bypothesi,* não há uso, nem regra de boa-fé, que seja de invocar-se. Há dissenso encoberto, por exemplo: se A queria designar a cor da pintura *e B* entendia que lhe ficava escolher, como decorador, *e* não foi assente quem escolheria; se um dos figurantes não entendeu bem o sentido da manifestação do outro *e* se manifesta como se ela tivesse o sentido que ele lhe deu (e.g., leu dólares, em vez de dinares); se pela correspondência. que precedeu a conclusão do negócio jurídico, se verifica, depois, que não acordou sobre algum ponto; se a mesma expressão foi empregada *e* cada um lhe dá sentido diferente, sem que se possa por interpretação fixar um dos dois. Se não se pode interpretar o negócio jurídico, de modo a se considerar jurídico o ato, não se perfez; não entrou no mundo jurídico,

nao há ato jurídico: não houve acordo. não houve consenso, de jeito que é melhor evitar-se a expressão dissenso, que supõe existência do ato jurídico, a despeito dele. Se, porém, é de se entender que houve consenso sobre alguns pontos e dissenso sobre outros, mas os figurantes, advertidos sobre a discordância, ainda assim teriam perfeito o ato jurídico, entra ele no mundo jurídico: o ponto, sobre o qual não se manifestou o acordo, foi secundário, portanto inoperante o dissenso encoberto.

Se o ponto é principal, nao: faltou o acordo que seria necessário ao suporte fátíco. para que ele entrasse no mundo jurídico; *nâo bá* ato jurídico. A ação para ser decidido se houve, ou não, acordo sobre ponto principal. é a ação declaratória, e a sentença tem de fixar se o ponto e principal ou secundário e se houve acordo, ou dissenso encoberto. Se a decisão é no sentido de ter havido dissenso encoberto, porém sobre ponto secundário, o ato jurídico existe nos limites em que houve o consenso. Do principio jurídico de conservaçao do máximo, de que se tira a regra jurídica escrita do art. 153, 1" parte, também se tira a regra jurídica não-escrita, de que falamos. No direito alemão, é escrita (§ 155) e também lá se alude ao princípio de não-contagiação (§ 139), para se considerar àquela aplicação desse (e.g.. EI. Titze, Die Lebre com *Missverstàndnis.*

435). o que não está certo: ambos se deduzem de principio mais geral. o que é mais do que parecer-se com a regra jurídica do art. 153, 1ª parte. Tampouco havemos de admitir que se trate de vontade hipotética (A. von Tuhr. *Der Aligemeine TeU.* II, 485). porque a vontade, que se revela, é vontade verdadeira, *e* essa éque existiria ainda se tivessem os figurantes advertido no dissenso. Tem-se de encher com o direito dispositivo o lugar que ficou vago com o branco do dissenso encoberto. Não pode ser preenchido o branco por usos ou regras de boa-fé (sem razão, A. Engels. Der *offene* und *versteckte Dissens,* 22), porque. ex *hypothesi,* houve dissenso *e,* pois, nenhuma vontade, que se revelasse pelo uso ou pelas regras de boa-fé, tal como se dá em caso de dissenso aberto. Também se parece com a regra jurídica do art. 153, 19 parte, a regra jurídica não-escrita segundo a qual declarada a simulação inocente do ato jurídico fica o ato jurídico dissimulado, se os pressupostos desse foram satisfeitos (E. Natter, *Die teilweise Nichtígkeit,* 34) *e* a regra jurídica de conversão.

3. Dissenso encoberto e erro. E preciso não se confundir o problema do dissenso encoberto com o problema do erro. Erro somente há se

erradamente se manifestou a vontade. Portanto, se o ato jurídico subsiste, a despeito do dissenso manifesto, ou encoberto, não há pensar-se em erro no tocante ao ponto do dissenso.

nem é evidente — sobre o direito dispositivo que no branco incida. Se foi entendido que o uso ou a regra de boa-fé incidiu, dissenso não houve, e pode argúir-se erro. Para que haja erro épreciso que não haja dissenso,

— haja consenso errado. Dizer-se que todo dissenso encoberto aponta erro, ou há erro em todo o dissenso encoberto, é baralhar, como ocorreu a A. Engels *(Der offene* und versteckte Dissens, 33), conceitos inconfundíveis, pois no díssenso não há manifestação de acordo, o que há, necessariamente, no erro. Com o dissenso, ou não há o ato iuridico, ou há o ato jurídico, exceto onde houve o dissenso. Com o erro, há o ato jurídico, que se pode anular por erro. O principio geral éo de que precisa ter havido acordo sobre todos os pontos da oferta, ou da contra-oferta (aceitação modificativa importa nisso); se não houve, não há o negócio jurídico bilateral. Portanto, onde há dissenso, contrato não há. Mas, se o dissenso é sobre tal ponto que, a despeito de advertidos sobre ele, os figurantes teriam f irmado o contrato. existe ato jurídico, nos limites do que foi acordado. Se essa excecão ao princípio não ocorre, é porque o dissenso encoberto é sobre ponto principal, ou capital, e a sorte do ato éa mesma do ato em que houve dissenso manifesto. Daí falar-se de dissensus *essenticlis* e de *dissensus* concomitans (Ch. Er. Glúch, *Ausfúhrlichc ErIé*‟ uterung der Pandekten, IV, § 297, 147; E. von Savigny. Systern. III, ed. 268; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 521; E. Zitelmann, *Irrtum* und .*Rechtsgeschàft,* 491; P. E Werthauer Uber den Eínfluss des Irrtums au.f *Vertràge,* 55), segundo, com o dissenso. deixa de entrar no mundo jurídico todo o ato, ou somente não entra o ponto sobre que não houve acordo. A discordância ín contrahendo, é espécie de aberratio (E. Hôlder, Zur Lehre von Error, Kritische *Vierteljabrsschrift.* 14, 570),

4. Dissensus essentia/is, Dissensus concomítans. Se o dissenso é no negócio mesmo, *dissensus in* negotio.

nada feito. Não há ato jurídico (L.. 18, D.. de rebus *creditis.* 12, 1; li. 9, pr., D., de contrahenda emptione, 18.

1): não se perfez. Se o dissenso équanto ao objeto. dissensus *in* corpore. têm-se de distinguir as espécies: se o objeto é um só; se a qualidade é essencial: se se trata de coisa, ou de direito, ou de ato

positivo ou negativo; se o ato pode ser, ou não, praticado por outrem. Se o dissenso ésobre a coisa como todo, pode ela ser fungivel, ou não: em gênero, ou espécie. ou não. *Se* o dissenso é sobre quantidade. tem-se que houve acordo sobre a menor (in eo quod plus sit, semper inest et minus), se o contrato é de obrigação unilateral (li.

1, § 4. *e* 83. § 3. D., de verborum obligationibus, 45. 1); nos contratos bilateraís. se o figurante prometeu menos, não há contrato (L, 9, *pr,* D.. de controhenda *emptione,* 18. 1; cp. LI. Richelmann, *Der Einfluss* des Irrtums auf Vertràge, 100): mas há contrato se prometeu mais (Pompônio, L. 52. D., Iocati conducti, 19, 2).

Salvo se prestação e contraprestação são independentes entre si, como se prometer comprar três toneladas *e* o outro figurante vender duas pelo preço de x por tonelada, pois épossível que só sirva ao comprador adquirir três (L. Goldschmidt, Handbucb, 1, *2,* 571). Para negócios jurídicos sobre imóveis, há a regra jurídica do art. 1.136. Se o dissenso é sobre parte do objeto, ou sobre pertença, tem-se de indagar se conviria ao promitente a parte ou, o que é excepcional, se teria o mesmo interesse em só dispor de parte. Se o dissenso é quanto à pessoa, dissensus *in persona,* não se pode decidir se há contrato, ou se não há, se não se sabe se a pessoa importava, essencialmente, ao figurante, como se A telefonou para número errado (de C) ofertando (a B) a mercadoria por x, ou se a carta foi ter a mãos de C, que mandou pagar a compra da mercadoria. De regra, não há consenso, portanto não há contrato (L. 32, D., de rebus *creditEs,* 12, 1; L. 37, §

6, D., de *adquirendo* rerum *dominio,* 41, 1; Ch. Er Glúck, *Ausfúhrliche Erlduterung* der *Pandekten,* IV, 158; Chn E. Múhlenbruch, *Lehrbuch,* 2ª ed., 254; H. Richelmann, *Der Einfluss* des *Irrtums auf* Vertràge, 25; E

von Savigny, *S~stem,* III, 269 e 445). Os juristas andaram exagerando as exceções àregra, como A. Brinz *(Lehrbuch,* IV, 2a ed., § 528, 56). Tudo está em se indagar se, no caso, não é essencial a pessoa do figurante, ou do destinatário, — o que é quaestio *facti* (A. Engels, *Der ojJene* und *versteckte Dissens,* 55). Ninguém se vincula com quem não quer, salvo se se quer vincular com qualquer. Quanto ao dissenso respeito à qualidade, dissensus in *qualitate.* pode concernir a qualidade da pessoa ou a qualidade da coisa, aquele rarissimamente, esse com frequência. Não há possibilidade de dissenso sobre qualidade da pessoa se o negócio jurídico é abstrato, como a tradição da posse (A. Exner, *Die Lehre vom Rechtserwerb* durch *Tradition,* 281). A cada momento, aparecem negócios jurídicos em que a qualidade da coisa é essencial (de ouro, dourada; de prata, prateada), ou em que a qualidade se tornou essencial, como se, começada a obra com azulejos

de inferior qualidade, se quer acabar com a mesma qualidade.

5.

Onus da *prova.* O primeiro cuidado do intérprete é pesquisar se houve dissenso encoberto, ou se houve erro. Depois de se assentar que houve dissenso encoberto, é que se há de perguntar se o dissenso é essencial, ou se é concomitante. Não há fórmula que possa servir para se apurar isso, tantas são as espécies possiveis de ligação entre os pontos das manifestações de vontade. A atitude inicial é de se ter por essencial o ponto, deixando-se ao outro figurante que não o lançou à discussão o ônus da prova de ser concomítante o dissenso encoberto. Quem afirma que houve dissenso encoberto e entende que todo o ato não entrou no mundo jurídico apenas tem de provar que houve o dissenso encoberto. A outra parte provar que o ponto não é essencial, isto e, que se trata de dissenso concomitante (B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 3ª ed., 216; A. Engeis, Der oJfene und versteckte *Dissens, 64).*

6. Dissenso encoberto essencial e relatividade *subjetiva.* Discute-se se o dissenso encoberto essencial impede que o negócio entre no mundo jurídico, para qualquer pessoa, ou só em relação áquela que não se pôs de acordo. Se o negócio jurídico seria plurilateral, mas um só, não há pensar-se em inexistência somente quanto a uns, ou alguns dos figurantes, ou destinatários (E. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 525; sem razão, 1-1.

Richelmann, Der *Einfluss* der Irrtums *auf Vertràge,* 16). Se o dissenso não era essencial, fica o branco para os que não acordaram, e o acordo é eficaz quanto aos que se haviam posto de acordo.

§ 283. Ato jurídico coletivo

1. Conceito. O ato (jurídico) coletivo (Gesomtakt) é inconfundível com o contrato. Quando os arrendatários, em comum, da coisa denunciam, não contratam: o ato jurídico, negocial, é ato coletivo, *e* não contrato. Se algum corpo elege, a declaração de eleição éato coletivo, e não contrato. *Se* duas ou mais pessoas instituem fundação, o ato fundacional é ato coletivo, e não contrato. Há uma só declaração, a

despeito da pluralidade de fontes pessoais (.J. E. Kuntze, Der *Gesammtakt,* 27 s.; E Regelsberger, *Pandekten.* 1, 541 s.; P.

Eltzbacher, *Die Handlungsfdhigkeit.* 169 s.). A reunião ou assembléia de credores, nos concursos, pratica atos coletivos; as deliberações das diretorias de sociedades e das administrações das fundações, que de regra contêm acordos, com conteúdo vínculante de vontade, são atos coletivos. *Se* os comproprietários permitem servidão sobre o prédio comum não há ato coletivo (sem razão. P. Eltzbachen *Die Handlungsfàhigkeit.* 165

s.. e L. Enneccerus. *Lchrbucb,* J, 3m-34ª ed., 359, nota 5): cada um concede, a respeito de sua parte igual; embora simultaneamente, por exigência legal (art. 633). Não assim a deliberação sobre haver administração ou locação da coisa comum, que contêm acordo, sem que já sejam a conclusão dos negócios jurídicos que elas visam: são atos coletivos autorizativos (sem razão, i. E. Kuntze. *Der Gesammtakt.* 72).

2. *Eficácia* do ato *coletivo.* Deve-se eliminar na conceituação do ato (jurídico) coletivo a alusão a não ter o ato coletivo efeitos entre os figurantes, ou a tê-los fora da esfera jurídíca deles.

O elemento que faz o ato ser coletivo é o não se poderem ter as manifestações de vontade, que convergiram, como distin *tas.* Há sempre algo que exerce o papel identificativo. ou coletivizante. algo que 1.

E. Kuntze entreviu. sem descer a aprofundamentos. Esse elemento é responsável pela distinção entre atos coletivos *criativos (de* fundações ou de outras pessoas jurídicas) e atos coletivos autorizativos. *aprovativos* e *ratificativos,* como os das maiorias que deliberaram para que os órgãos ou representantes negociem, ou pratiquem outros atos jurídicos, ou para aprovar ou ratificar atos deles, ou de gestores de negócios.

3. Ato *coletivo* e classificaçâo dos atos jurídicos. O ato coletivo pode ser ato jurídico *stricto* sensu, ou negócio jurídico. Nem todos os atos coletivos contêm manifestação de vontade. Bastaria essa circunstância para se assentar que muitas deliberações, em coletividade, ou colégio, são atos jurídicos stricto sensu. As decisões do júri ou da comissão de

concursos, como os laudos periciais, não são negócios jurídicos, nem há.

nelas, manifestação de vontade que possa suscitar alguma dúvida. Tais atos coletivos são manifestações ou comunicações de conhecimento. Não é de se afastar o interesso dos atos coletivos em que se manifeste sentimento.

Tratando-se de órgãos de pessoas jurídicas, a distinção entre as assembléias e os órgãos executivos repousa em diferença entre deliberar internamente, e deliberar para eficácia externa. Porém, ainda tratando-se de órgão executivo, têm-se de distinguir o ato coletivo que delibera a prática de algum ato jurídico e o ato coletivo que é, de si mesmo, ato jurídico. Se a diretoria, que tem de funcionar por maioria, podendo aceitar contrato, aceita, nada obsta a que os estatutos entendam que a deliberação, por si só, é aceitação (manifestação de vontade recepticia), o que exige proclamação. ou presença do oferente, ou transmissão automática. Vulgarmente. são separados os dois atos: o ato coletivo de deliberação e o ato de comunicação da deliberação, que. por força dos estatutos, pode ser elemento indispensável à perfeição da aceitação, ainda quando não tenha o membro ou não tenham os membros que presentam a pessoa jurídica poder de veto.

Capítulo XII

Unidade, Unitariedade, Pluralidade e Complexidade

§ 284. Exclusões metódicas

1. *Quatro* conceitos sobre *quantitatividade.* Para que o trato dos quatro conceitos, que são o objeto deste Capitulo, não se tolde com outros conceitos próximos, ou totalmente estranhos, distingamos a forma do negócio jurídico e o *instrumento, em* que se enforma o negócio jurídico, ou em que se enformam negócios jurídicos. Po exemplo, o contrato de venda *e* compra de imóvel e o de locação, que têm as suas formas,

sujeitas a regras jurídicas comuns e regras jurídicas especiais *(e.g.,* art. 134, II), podem ser na mesma escritura pública; e tal comunidade de instrumentação de maneira nenhuma unifica. Há dois negócios jurídicos, com os seus pressupostos próprios, inclusive de forma; *e* não raro é possivel valer um *e* o outro não valer, ou ser possível a conversão de um. e nao a de outro. Não há com-sorte. A unidade instrumental não implica, nos atos entre vivos, unidade do negócio jurídico. A respeito do testamento, é negócio jurídico único, embora contenha negócios jurídicos diferentes. Teremos ensejo de ver mais de espaço, que há essa classe de negócios jurídicos *envolventes, e* pode dar-se que sejam nulos, anuláveis, ineficazes, ou por algum modo desconstituiveis, negócios jurídicos envolvidos, sem que outros e o envolvente o sejam, ou até inexistentes alguns, ou algum daqueles.

2. Unidade *no* negócio jurídico. A unidade do contrato, ou de outro negócio jurídico, não pode ser em relação ao ato da conclusão, ou à instrumentação; nem ao conteúdo do negócio jurídico (seria unitariedade); nem à dependência recíproca das manifestações de vontade (há uniões no negócios jurídicos com dependência daquelas). E sim em relação ao trato do negócio jurídico. dizendo-se tambóm único o negócio jurídico ou contrato, quando há nele elementos de diferentes tipos de negócios juridicos, inclusive de negócios jurídicos atípicos, suscetíveis de serem suporte fâtíco de regras jurídicas especiais, mas subordinados à *especificidade* preponderante e ao fim comum do negócio jurídico complexo *(=* misto).

§ *285.* Pluralidade de elementos e unidade do negócio jurídico 1.

Pluralidade de sujeitos e *unidade* do negócio *jurídico.* A *pluralidade de sujeitos* não é bastante para excluir a *unidade do negócio jurídico.* Por exemplo: a) se duas ou mais pessoas prometem a mesma prestação. em concordância, ainda que umas tenham de prometer em datas diferentes, por estarem ausentes ao primeiro ato; *b)* quando as prestações prometidas por duas ou mais pessoas estão intimamente ligadas em todo econômico (as promessas dos componentes do *quartetto* feitas ao empresário, ainda que se achem em cidades diferentes, constituem contrato unico: para a edição do livro X. para a qual há a verba de v~ o contrato assinado pela tipografia e pelo encadernadon se não estão separadas as prestações, é contrato único); c) quando a natureza do negócio impõe a unicidade. A pluralidade subjetiva pode produzir a *complexidade* do negócio jurídica (uno) ou a

pluralidade de negócios jurídicos. Portanto, não obsta, empre, à unidade, posto que seja óbice à unitariedade.

2.

Pluralidade de prestações. A pluralidade de prestações (objetos) não exclui, só por si, a unidade do negócio juridico. Por exemplo: A empresta a B, dono da casa X. cem mil reais, recebendo esse como aluguel o que corresponde aos juros. Tem-se de procurar o fim e a importância econômica das duas ou mais prestações. para se saber se. a despeito da pluralidade delas, o negócio jurídico é único.

3.

Pluralidade de manifestações de vontade. A pluralidade de manifestações de vontade não é obstáculo à unidade do negócio jurídico. O princípio do auto-regramento da vontade apanha a livre escolha do negócio jurídico, especialmente do contrato *(* = se não há regras jurídicas cogentes, que se oponham, podem ser concluídos negócios jurídicos de qualquer conteúdo livre escolha da estruturação e do conteúdo). Evitemos falar de *liberdade* de contratar, porque não se trata, propriamente, de liberdade. A despeito do princípio do auto-regramento da vontade, a experiencia humana veio fixando espécies *típicas de negócios jurídicos.* O

ter-se de colocar a manifestação de vontade numa das espécies, ou em espécie atípica mas de unidade ou especificidade intuitiva, faz surgir o problema da unidade e pluralidade das manifestações de vontade, posto que existam, também, manifestações de vontade plurais, interiores a negócios juridicos típicos. Seja como for, o negócio jurídico pode ser único, embora plurais as manifestaçoes de vontade.

§ 286. Unicídade e unitariedade

1.

Unidade e *unicidade.* Antes de qualquer tratamento dos problemas da

unidade (e pluralidade) dos negócios jurídicos e da unitariedade (e complexidade) deles, temos de frisar que a discussão sobre ser unitário ou complexo o negócio jurídico já assenta na convicção de que é único o negócio jurídico. A complexidade supõe que não exista pluralidade de negócios juridicos. O negócio jurídico é que ou é unitário ou é complexo.

Firmado que só há um negócio, tem-se de indagar se éunitário quanto ao sujeito, quanto ao objeto, quanto ao elemento volitivo, ou se o é quanto a tudo. Poder-se-ia chamar: a) unitário a qualquer negócio jurídico em que houvesse unitariedade de algum dos elementos táticos (sujeito, objeto, elemento volitivo), ou *b)* complexo, o em que algum elemento fosse complexo *(=* não unitário). O mais usado ê *b)* e adotamo-lo em toda a obra.

2.

Fatos de vida *e tipicidade* jurídica. A vida é mais rica do que a tipificação juridica. Donde surgirem negócios jurídicos atípicos. Mas os fins mesmos multiplicam-se, juntam-se, combinam-se, fundem-se; de modo quc, aqui e ali, os negócios juridicos apenas apresentam traços comuns de fins, a que se dá o nome de *fim comum.* Naturalmente, o que entra, sozinho, no mundo jurídico, é negócio jurídico único, de per si; O

que entra de uma vez, sem acompanhamento, que o force a ser ao lado, à frente, ou por trás, ou embaixo de outro negócio jurídico, é negócio juridico único. Se o suporte fático contêm elementos que *seriam* de dois ou mais negócios jurídicos, e só um entra, é que a unidade se fez pela composição complexa dc suporte fático.

Fácil é compreender-se a estrutura dos negócios juridicos mistos, se partimos de que os tipos legais não são rígidos, não são tipos em si, mas, apenas, tipos em que os negócios jurídicos entram, ou a que os negócios jurídicos se prendem, ou se assemelham. A contribuição para a limpeza da rua. por parte dos que nela habitam, a cargo de um deles, parece doação, e não no nem o Código Civil nem outra lei previu tal negócio juridico.

Quando o negócio jurídico ê único, mas complexo, não se pode dizer que é, em parte, contrato de venda e compra e, em parte, contrato de sociedade (por exemplo); é envoltório, cápsula, parte de elementos da

venda e compra e parte de elementos da sociedade. Por isso mesmo, as regras jurídicas especiais que incidem sobre esses elementos não levam consigo a sua especificidade, se esses elementos não são os do caráter especifico, preponderante, cio ncsôcio juridico. O negócio juridico, único e complexo, AB, parece-se com o negócio juridico A como ou mais do que com o negÓcio juridica B, podendo ser tido como negócio juridico A, no último caso mas, em qualquer caso, sendo negócio jurídico AB. No mais, trata-se de medida de parecença. Tal o que se tem de verificar: na locação de prédio, com aluguel pano em serviços, ou na locação de serviços, com salário pago com aluguel; na venda *e* compra, com preço em serviços, ou obra, ou ria locação dc serviços, ou empreitada, com pagamento em animais; na locação de apartamento ou quarto, com Luz, gás e serviço doméstico; no transporte, com dormitório e comida, ou somente com dormitório, ou somente com comida; na viagem, com estadia em terra, passeios e divertimentos; na venda de máquinas, com montagem, ou montagem e conservação; no contrato dc trabalho, com participação contratual dc lucros; no seguro, com cláusula de prêmio lotêrico ou capitalização; no *dei credere* de comissário; no contrato de serviço, com cláusula de concorrência. Se o negócio jurídico é único, não se pode pensar em "mistura" de negócios juridicos: a mistura é no suporte fático, pré-jurídica *(=* antes de o negócio se juridicizar); e o negócio juridico, que resulta, é espécie própria, ou entra em espécie própria (6. von Mcerscbeidt-HúLlesscm, Gemischte Vertráge und Vcrtràge eigener Art, *Deutsche Junisten-Zeitung,* 15, 854, 856 e 859). Se dois ou mais rwgócics *jurídicos* se misturassem, haveria união, e não simpies complexidade.

§ 287. Estrutura do negócio jurídico

1.

Simplicidade e complexidade do negócio jurídico. O suporte fático do negócio jurídico pode ser simples, ou complexo, de formação sucessiva, ou não. O próprio *conteúdo cio* elemento volitivo do negócio, da manifestação de vontade, pode ser simpies, ou não. Se o elemento volitivo é plural, tem-se de investigar se se trata de negócio jurídico único, ou de pluralidade dc negódos juridicos. Entra em causa a *unidade* da categoria juridica. O problema passa a ser de classificação segundo a estrutura dc negócio jurídico, não segundo a estrutura do suporte fático. Se há pluralidade de elementos que

compõem o suporte fático, mas unidade do negócio jurídico, estrutura do suporte fático e estrutura do negócio jurídico não coincidem. Essa pluralidade de elementos do suporte fático pode ser concernente a cláusulas (manifestações de vontade), algumas nucleares e outras não; se, apesar disso, o negócio jurídico é um só, caracteriza-se o problema de se saber quando. a despeito da pluralidade de *manifestações de vontade.* o negócio jurídico é um só. Porém não só as manifestações de vontade podem ser plurais. Há pluralidade de sujeitos de direito. de objetos *de* direito e de *relações jurídicas.*

2.

Problemas de pluralidade. Temos, pois, de separar os problemas: pluralidade de sujeitos, pluralidade de objetos, pluralidade de manifestacóes de vontade e pluralidade de relações jurídicas.

§ 28S. Pluralidade de manifestacões de vontade

1.

Unidade do negócio jurídico e *pluralidade de manifestações de vontade.* Se ocorre pluralidade de manifestações de vontade, mas unidade do negócio jurídico, tem-se de saber por que essa unidade existe, a despeito daquela pluralidade. As vezes, o fato jurídico produz-se; e, com ele, compõe-se. depois, outro.

como ocorre na contemporânea concepção da oferta irrevogável, em que bá negócio jurídico unilateral, sucedido por outro, bilateral, em que a oferta e a aceitação passam a ser elementos. A destinação (bilateral) do negócio vem desde o começo: e foram sugestões da vida, estranhas ao passado, que admitiram a entrada da oferta e da aceitação no mundo jurídico, antes da bilateralização. Nem sempre foi assim; e ainda há nos juristas resquícios de tempos passados.

2.

Coagulação e *inseparabilidade.* As manifestações de vontade ou se *coagulam.* de modo que se fundem e nenhuma declaração ou

manifestação de vontade está, ai, por si só, ou não se *coaguIam.* A pluralidade pode ser objetiva ou subjetiva (mesmas manifestações de vontade por dois ou mais sujeitos). Só aquela por ora nos interessa. Na coagulacão volitiva, há elemento ou elementos volitivos nucleares e elementos não-nucleares, dando ensejo a espécies. em que a falta de algum ou de alguns desses se trate. a despeito da coagulação. como anormalidade ou ineficácia parcial. Donde se tira, desde logo, que a coagulação não implica *inseparabilidade.* O negócio jurídico da doação, com o *modus* e a cláusula de inalienabilidade, é negócio jurídico único; no entanto, a nulidade da cláusula, ou do modus não se contagia ao todo (art. 153). A coagulação leva à *unidade* e *complexidade volitiva* do negócio jurídico, sobre a unitariedade ou não-unitariedade subjetiva e objetiva. Há coagulação em negócios jurídicos bilaterais: coagulam-se as manifestações de vontade, de um e de outro lado, de per si, e vinculam-se" os coágulos: a vinculação faz queridos" os dois coágulos coincidentes (A vende, E compra); donde não se poder falar de complexidade subjetiva ou objetiva. A bilateralidade pode ser em negócio jurídico único, se apenas ocorre enantiomorfia (vender é enantiomórfico de comprar; trocar, de trocar; ser locadoi; de ser locatário).

3.

Deliberações em ato *complexo.* Se A, B e C votam deliberação, unânime ou por maioria, como donos de apartamentos do prédio X, há pluralidade de sujeitos, mas unitariedade de manifestacão de vontade. O

negócio jurídico é subjetivamente complexo, mas objetivamente unitário; portanto, complexo. Se A vende a B duas casas, no mesmo ato, pelo preço total 3» há complexidade objetiva, a despeito da unitariedade subjetiva: sob a aparente unidade de manifestação de vontade está complexidade (vende a casa 1 e vende a casa 2). Portanto, é complexo o negócio. Por aí se vé que, enquanto só há um tipo de negócio unitário, há muitos de negócio complexo. Negócio jurídico unitário é o negócio jurídico único em que não há nenhuma complexidade. (Cumpre não se confundir o ato jurídico complexo com o ato jurídico coletivo, de que já se falou.)

4.

Absorção, acumulação e combinação no negócio *jurídico; exclusão.*

Desde que pensamos em negócio jurídico único ou em contrato único, — ou admitimos negócio jurídico ou contrato único e unitário, ou negócio jurídico ou contrato único e complexo, ou negócio jurídico ou contrato envolvente. O negócio jurídico não pode ser pluri-uno sem a composição da envolvência. Fora daí, ou é único ou há *pluralidade.*

Quando R Lotmar (Der *Arbeitsvertraq,* 1, 177) distinguiu a acumulação, absorção e combinação no negócio jurídico unitário, deixou fora a exclusão (inclusive a alternação) e as relações de dependência entre elementos volitivos de categorias jurídicas diferentes que não sejam de absorção ou de exclusão.

§ 289. Negócios jurídicos complexos

1.

Negócio *jurídico complexo e pluralidade de* negócios jurídicos. É preciso não se confundirem (insistamos) o negócio *jurídico complexo,* em que há, pelo menos, unidade de sujeito, ou de objeto, ou de manifestação de vontade, e a *pluralidade* de negócios jurídicos. Na pluralidade de negócios jurídicos, não há de pensar-se na distinção entre negócio jurídico unitário e negócio jurídico complexo. Donde a questão: Como se distinguem o negócio jurídico complexo e a pluralidade de negócios jurídicos? Vendeu A a B as mercadorias x, com a obrigação de embarcá-las para o lugar p; o dono da casa x alugou-a, assumindo a obrigação de construir escada. No direito romano, com a necessidade do nome das ações e a consumpçáo processual, seria da maior importância prática a resposta; menor, hoje em dia, porém não excluida. Se, para se decidir quanto à unidade do negócio jurídico, tivéssemos de considerar a sua eficácia, cometeríamos o erro de estudar no posterius o prius, expondo-nos a que a determinação desse fosse essencial à determinação daquele.

A complexidade objetiva dá ensejo à dúvida sobre ser negócio jurídico único ou se terem concluído dois ou mais negócios jurídicos *(pluralidade* de negócios jurídicos). A confusão entre unidade e unítariedade é responsável por muitos obscurecimentos e erros conceptuais. A complexidade de elementos volitivos pode deixar uno e unitário o negócio jurídico; não assim a complexidade de objeto: ou

há negócio jurídico uno *(=*

único) e complexo, ou negócios jurídicos (pluralidade), complexos ou não.

2.

Negócios jurídicos mistos *e* falsamente mistos. Os juristas que têm tratado dos negócios jurídicos complexos ou mistos (de regra, somente dos contratos complexos ou mistos) têm encambulhado, sob o nome dessa classe de negócios jurídicos, negócios jurídicos que não são mistos; são espécies á parte, que a lei não previu: regem-nos normas jurídicas gerais dos negócios jurídicos, unílaterais ou bilaterais, e não as normas jurídicas especiais a dois ou mais deles. O negócio jurídico pode aumentar-se de elementos que não são os do seu suporte fático ordinário; nem por isso se fazem complexos ou mistos. Para a mistura ou complexidade, é preciso que haja elementos de, pelo menos, duas espécies diferentes. Não evitou esse erro H.

Hoeniger (Die *gemischten* Vertràge in ihren Grundformen, 4 s.). O negócio jurídico misto ou complexo não é só o negócio jurídico ditípico, ou politípico, nem no é o negócio jurídico com a combinação de elementos de um tipo e elementos gerais, nem no é o negócio jurídico do mesmo tipo com duas prestações alternativas.

A fixação de tipos pela lei implica que se considere complexo o negócio jurídico com elementos, no suporte fático, de dois ou mais tipos; porém a vida mesma “isola” negócios jurídicos, legalmente atípicos, de modo a imprimir-lhes certa tipicidade costumeira, jurisprudencial ou doutrinária. Muito diferente é o que se passa com a especialização de algum tipo legal.

§ 290. Pluralidade e união de negócios jurídicos

1.

Pluralidade tinida *e pluralidade* não-unida. Se não há unidade do negócio jurídico, há pluralidade *unida* ou *não-unida.* A pluralidade unida pode ser entre negócios jurídicos unitários, ou unitários e complexos, ou entre negócios jurídicos complexos.

2.

União interna e união *externa.* A união de negócios jurídicos ou é puramente *externa* ou *interna.* Dá-

se união puramente externa quando dois ou mais negócios jurídicos só estão unidos pelo ato da sua conclusão (compro e alugo ao vendedor, pela mesma escritura; compro chapéu por x e. no mesmo momento, deixo o outro para conserto, por g). Cada negócio jurídico tem o seu suporte fático. os seus elementos, nucleares ou não; e a forma éacidental, sem qualquer influência de um na sorte do outro negócio. As regras jurídicas são as próprias de cada um, ainda que se trate de regras jurídicas dispositivas ou interpretativas. A aceitação de duas ofertas, na mesma carta, só une externamente.

A união pode ser interna, se há dependência bilateral ou unilateral sem se atingir à unidade. Ou o contrato A depende do contrato B, ou A de Be B de A. A união pode ser excludente, no tempo ou *unitemporalmente:* a primeira ocorre se. infringida cláusula de A, nasce direito de resolução quanto a B: a segunda, se A deve ter a terminação simultânea com B. A dependência pode ser includente: sempre que cláusula de A seja cumprida. cláusula de B tem de o ser As dependências são de muitas espécies, sugeridas pelas necessidades da vida. Não precisam ser explícitas, posto que se insiram. de ordinário, alusões ao outro negócio jurídico. Qualquer terminação, resolução (ou resilição), denúncia, rescisão, ou novação de um dos negócios jurídicos importa em terminação, resolução (ou resilição), denúncia, rescisão, ou novação do outro.

A própria decretação de nulidade ou a anulação de um atinge o outro (não dissemos “contagia-se

3.

União alternativa. A união alternativa, assaz freqoente, ocorre quando dois ou mais negócios jurídicos são concluidos de tal jeito que, se acontece *a,* o negócio A persiste e o outro se resolve, se acontece *b,* persiste o negócio B resolvendo-se o outro. Dizer-se. como li. Enneccerus (e 1-1. Lehmann, *LehrbucP.* II, 31A-35ª ed., 337), que um se tem por concluído, e outro não, é falsear os princípios: os dois negócios jurídicos foram concluídos, se bem que com alternatividade: a alternação é quanto à subsistência (em condição). não quanto ao

negócio jurídico em si. Um dos dois há de ter efeitos; portanto, a alternatividade não obsta às medidas de segurança, nem á resolução segundo o art. 1.092, parágrafo único (cf. alemão, *§*

326; suíço das obrigações, art. 83, 2ª alínea), nem ao pedido de caução do art. 1.092, alínea 2ª (cf. alemão,

§§ 321 e 322: suíço das obrigações, ari. 83).

O contrato de arrendamento de hotel, em cujo instrumento se inseriu que as garrafas de vinho, champanha e outras bebidas seriam pelos preços tais e tais, é contrato de arrendamento com a união de outro contrato (de venda e compra), de modo que as regras de responsabilidade pelas coisas inventariadas são diferentes e o direito de retenção do locatário não apanha as bebidas da adega (Otto Schreiber, Gemischte Vertrãge im Reichsschuldrecht, iberings *iahrbúcber,* 60, 112 s.).

4.

Vontade e negócios jurídicos *mistos.* Desistiu E. Regelsberger (Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Vertrãgen?, Jherings *Jabrbúcber,* 48, 453 s.) de formular regras sobre a distinção entre negócios jurídicos mistos e unitários, mas, principalmente, para se saber se se está diante de um ou de dois ou mais negócios jurídicos. Unidade, para ele, só existe, se os manifestantes da vontade quiseram, porém essa vontade, por si so, não basta; de modo que a vontade é pressuposto necessário, não suficiente. Outro aparece, que é o laço econômico. (Naturalmente, não se poderia dar valor à comparação do grande pandectista com a pertínencialidade, entre coisa e coisa: nada justificaria transportar-se o conceito para o exame dos elementos do suporte fático.) Seja como for, deveu-se a B Regelsberger acentuar o papel do interesse na unidade e do elemento ligador de ordem econômica; mas, conforme adiante se mostrará, esses fatores podem parar na união entre negócios jurídicos. Hoje, podemos dizer que a vontade é pressuposto, porém dentro dos limites que se traçam a toda vontade, e a especificidade do negócio jurídico e o seu fim comum podem impor-se em sentido com trário à vontade negativa, o que dá exemplo de vontade contra vontade *(* = escolheu-se o específico e não se quer a espécie), ou colaborar com a vontade de unidade negocíal.

§ 291. Regras jurídicas que incidem sobre os suportes táticos dos negócios jurídicos complexos 1.

As teorias a respeito. Resolvido o problema da discriminação dos negócios jurídicos unitários e dos negócios jurídicos complexos, surge o das regras jurídicas que regem a parte do suporte fático que não é a do negócio jurídico preponderante. Ou se havia de pensar na absorção, ou na acumulação, ou na combinação, ou noutro processo de relacionamento. Donde as teorias.

1) A teoria *da* absorção foi a que dominou a doutrina e a jurisprudência, até que surgiu a obra de H.

Hoeniger: o tipo principal do negócio jurídico (aliás sempre se pensava em termos de contrato) absorvia os outros e, pois, impunha as suas regras jurídicas (F. Endemann, *Lehrbuch,* 8ª cd., 1, 908 e 1.022 5.; 1(.

Cosack. *Lehrbuch,* 5ª cd.. 1, 484 e 552; 5. Jalfé, Die Banktresor *vertrãge,* 21; A. iacobv, Die *rechtliche Natur des Sal* egeschã *Jts,* 24; St. von Elocizewski. Die *Vermengung der Vertragstypen,* 41). Ao *depositum irreguiare,* por exemplo, teriam de ser incidentes as regras do empréstimo. Era a continuidade do pensamento romanistico, erro encontradiço nos velhos juristas ocidentais, que viram absorção de direito material em vez da absorção de direito processual, que era a do sistema romano das ações. Pode-se dizer que Ph.

Lotmar (Der *Arbeitsuertrag,* 1, 177 s.) foi o seu último grande defensor Deve-se a H. Hoeníger (Lhe gemischten Vertrãge in ihren *Grundformen,* 360 s.) o maior e mais seguro ataque, seguido por 1(.

Stadelmann *(Der* Impresariovertrag *nacli btirgerlicbem* Recbt, 20 s.) e Otto Schreiber (Gemischte Vertrãge im Reichsschuldrecht, iherings *Jahrbúcher,* 60, 195-199). A preocupação dos teóricos da absorção era a de subsumír em tipo legal os elementos heterogêneos do suporte fático, *sem* resto. O negócio jurídico de cofres só seria locação de coisas (5. Jaffé, Die *Banktresorverträge,* 33 s.; W. Wímmer, *Das Kassenschrankfachgeschãft,* 47). Mas, advertiu-se, o banqueiro ou proprietário do cofre-forte não poderia invocar o art. 776-780 (penhor legal), impedindo, por exemplo, a retirada de papéis de crédito (1□. Gumbel, *Der Stahlkammerfacbvertrag,* 33). Por outro lado, a teimosia dos juristas em não atenderem à especificidade do contrato de trabalho nas

indústrias, com a absorção pela locação de serviços, levou a legislação a intervir e tipificar o contrato de trabalho. A forçada assimilação chegou ao auge com o contrato por peça (cf. P.

Wõlbling, Der *Akkorduertrag und* der *Tarijuer* trage, 84 s.). A teoria da absorção ou tudo reduziu à distinção entre obrigações ou direitos principais e obrigações ou direitos acessórios e anexos (dentro do mesmo negócio jurídico), ou apagou as diferenças, a ponto de uniformizar inteiramente o conteúdo heterogêneo do negócio jurídico. Donde soluções injustas, que a paixão do típico suscitava.

II)

A teoria *da* combinação foi a de H. Hoeniger *(fie* gemischten Vertràge in ihren *GrundJormen.*

382 s.), mas o precursor fora G. R0melin (Dienstuertrag *und* Werkvertrag, 177 s., 262 s., 304), a quem se devem caracterizações preciosas dos contratos de serviços e de obra, das espécies complexas, sobre que incidem regras jurídicas dos dois tipos, sem se pensar em absorção ou em analogia. A obra de G. Rúmelin teve duplo valor, de iure condendo e de iure condito. Foi a inspiradora de H. Hoeniger, que fixou o seu estudo na análise do suporte fático (complexo) e das conseqüências jurídicas de tal complexidade. No fundo, a teoria da combinação tentou manter a tipicidade dos negócios jurídicos, como se não pudesse romper-se.

Diante de casos como o do aluguel com serviços domésticos, em que a teoria da absorção chegaria a resultados certos, a da combinação fracassaria: então, não seria possível invocarem-se causas especiais de terminação do contrato de serviços.

III)

A teoria *da* analogia foi tentativa de síntese entre a tese da prevalência dos tipos ou modelos jurídicos (teoria da absorção) e a antítese da autonomia de vontade (principio da livre estruturação), que se trazia do terreno em que se discerniam unidade e pluralidade. A teoria da combinação, que em certos pontos sintetizava, noutros operava como tese. A teoria da analogia deslocou o problema para o plano da interpretação das regras jurídicas. Se há elementos de outro, ou de outros tipos, ou atípicos, nem por isso o direito deixa de incidir sobre o suporte fático. Certo é, porém, que, ao lhe faltar apoio, a teoria recorria a soluções *ex aequo* et bono. Por outro lado, a vida apresenta

negócios jurídicos que se não podem subsumir nos tipos legais. Ora, em tais casos, só as regras da Parte Geral do Direito das Obrigações é que podem ser invocadas, e a indicacão da consulta a regras jurídicas especiais seria excepcional.

IV)

A teoria da relação interna é, de certo modo, negação de teoria, porque atribui ao exame da subespécie, ou do caso, a conclusão sobre a complexidade. Ora há absorção, ora há combinacão. ora há acumulação, ora há invocação da analogia, segundo a natureza do negócio jurídico em seu todo.

2.

Análise das espécies. a) Se um dos contraentes promete prestacão una e o outro prestações diferentes, correspondentes a dois ou mais tipos de contrato, há combinação: e.g., casa e comida por x. ou transporte e comida por y. Não há dois ou mais contratos; há um só, complexo: a unidade é imposta ao todo pela unitariedade unilateral. As prestações do contraente que prometeu duas ou mais regem-se pelas regras jurídicas do contrato que corresponde a cada uma: a comida, pelas regras jurídicas da venda e compra; o alojamento, ou camarote, ou cabine, ou cama, pelas da locação. Mas lá está a unitariedade do preço, que foi fixado globalmente. Essa unitariedade sofre com a complexidade das prestações do outro: se falta a comida, tem de ser calculado o seu valor, para a redução; o direito de penhor legal só se refere ao que é objeto de locacão: as causas de extincão são as de cada prestação, posto que, algumas vezes, se tenha de entender que a redução é impraticável (e.g., ninguém pode viajar em navio. com mais de dia de viagem, sem comida; nem arrendar sítio com os criados, em lugar deserto, se os criados não ficam). b) Se a complexidade é tal que os elementos estranhos ao tipo não pesam para o tratamento de cada prestação, a mistura é tão pequena porção e a subordinacão tão caracterizada que o negócio jurídico complexo mal permitiria dizer-se misto (e.g., locação de quarto mobiliado, com a limpeza): o que se pudesse invocar do outro tipo seria em interpretação reveladora de norma (cf. H. Hoenigen fie *gemiscbten* Vertrdge in ihren Crundformen, 117). Aqui. a teoria da absorção levaria a palma. c) A acumulação é menos fácil de dar-se, porque, de ordinário. implica pluralidade (união). O contrato de locação de apartamento com a contraprestação em serviços de portaria é figura de contrato único e complexo: não há

dois contratos. As regras jurídicas de um contrato e as de outro são dominantes das prestações respectivas, sem se ter de pensar em interpretação extensiva ou analógica. A acumulação dá ensejo a negócios jurídicos ditipicos. trítipicos, ou polítípicos, complexos em vez de múltiplos. Onde as regras jurídicas dos tipos se contradiriam, tem-se de atender á unidade do negócio jurídico para que se saiba qual delas incide: a despedida do serviço de portaria não poderia ter como conseqüência a denúncia do contrato de locação, salvo se, pela construção do imóvel, o alojamento é destinado exclusivamente a quem preste os serviços de porteiro. Se um dos negócios jurídicos não é típico, primeiro havemos de saber qual dos negócios jurídicos prepondera: se se trata de negócio jurídico complexo sem preponderância de um. atende-se às regras jurídicas do negócio jurídico atípico e depois às do negócio jurídico típico (L.. Enneccerus. *Lehrbuch,* II, 340).

3.

Fim comum. O fim comum do negócio jurídico é aquele fim a que os elementos dos dois ou mais negócios jurídicos servem: na locação com serviços domésticos, é o fim de substituição do lar pelo quarto ou apartamento com serviços comuns a dois ou mais quartos ou apartamentos; no contrato de serviços de portaria pela habitação, é ter alguém fixado no prédio que preste serviços de portaria: no contrato de transporte com comida, é a viagem longa sem pequenas escalas. Sem razão. H. Hoeniger (Die gemischten kJertrãge in ihren Grundformen, 139), que considera o fim comum (Gesamtzwecke) figura imaginária.

§ 292. Negócios jurídicos normal e anormalmente mistos

1.Mistura dentro do tipo. Alguns negócios jurídicos são regulados pela lei, deixando-se, dentro do próprio tipo, a possibilidade de mistura. A espécie mais notável é a da sociedade em que as entradas não são da mesma classe (dinheiro, serviços, bens, concessões de uso). Não se pode negar que sejam mistos, embora a mistura esteja prevista na lei mesma que tipificou o contrato (sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 11, 3l~-

35ª ed., 343, nota 23). Tanto H. 1-loeniger *(fie gemischten \/ertrãge und* ihren *Grundformen,* 45 s.) quanto Otto Schreiber (Gemischte Vertrãge, Jherings Jabrbúcber, 60, 222 s.) prestaram atenção a essa classe à parte, a que julgamos acertado chamar de negócios *jurídicos normalmente* mistos. O legislador regulou-os nas espécies unitárias e nas espécies complexas. Não se há de pensar em que não sejam complexos os mistos, se em verdade, a cada passo, se tem de atender a regras especiais de outros contratos, como a responsabilidade pelos vícios redibitórios (arts. 1.101-1.106) ou pelos riscos do transporte dos bens.

2.

Prestação com *papel simplesmente facilitador* Não é contrato normalmente misto aquele em que uma das prestações exerce papel simplesmente facilitador. O contrato de empreitada com a contribuição de materiais é, no direito brasileiro, normalmente misto (arts. 1.237, 1.238 e 1.245); o contrato de obra, com fornecimento de materiais (exato se secundário), sê-lo-ia, no direito alemão. O contrato em que se promete casa que está em construção é contrato de venda e compra do terreno mais a casa a ser terminada: não há, aí, contrato misto. O contrato de locação do apartamento, cujo prédio se está construindo, já é locação: não se pode pensar em contrato misto. Se, com ouro e platina seus, o ourives executa certa jóia que foi vendida a alguém, há venda e compra, porém são de invocar-se algumas das regras jurídicas da empreitada se o ourives não a fez como devera.

§ 293. Complexidade e forma

1.Extensão *da forma especial.* Se um dos acordos ou convenções, contidos no negócio jurídico, ou alguma das disposições unilateraís exige forma especial, essa forma é exigida a todo o negócio lurídico complexo (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 532). O contrato em que uma das prestações é em bem imóvel, sujeito à forma de transmissão do art. 133 e 134, II, tem de ser por escritura pública.

A exigência de forma especial é óbice a considerar-se a prestação como simples meio ou elemento de facilitação.

2.

Pré-contrato. No direito brasileiro, o que longamente exporemos ao tratarmos das formas, o pré-

contrato não está sujeito àforma especial do contrato.

§ 294. Unidade e défice

1.Negócio jurídico uno *e* o art. *153.* Se o negócio jurídico é um só (unidade), os diferentes acordos ou convenções, que lhe integram o suporte fático, são elementos desse e, ocorrendo nulidade ou anulabilidade, pode ser invocado o art. 153: „A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal" (Código Civil argentino, art. 1.073: "La nulidad de un acto jurídico puede ser completa ó solo parcial. La nulidad parcial de una disposición en eI acto, no perjudica á las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables"; alemão, *§* 139; Esboço de Teixeira de Freitas, art. 803).

Não se há de cogitar de incidência do art. 153 se, em vez de negócio jurídico único, há pluralidade de negócios jurídicos. Se o negócio jurídico é único e há pluralidade de prestações, a parcialidade não é a de que trata o art. 153, mas aquela a que se refere o art. 889 (argentino, art. 707; alemão, *§* 266). Sendo unidade o negócio jurídico, a "parte separavel" de que fala o art. 153 supõe não-existência de relação econômica, ou moral, inserta no suporte fático, que imponha o interesse só no todo. Se esse interesse existe e, pois, aquela relação econômica, ou moral, as „partes" do negócio jurídico são inseparaveis: o défice de uma é défice de todas.

2. Princípio de incontagiabi/idade. Se há *(a)* a regra jurídica da incontagiabilidade. com o contágio excepcional, ou se há *(lo)* a regra jurídica da contagiabilidade, com a excepcional incontagiabilidade.

depende do direito positivo. A solução (a) foi a do direito comum, com fundamento no *Utile* non debet per mutile ritiari *(* = Utile per

mutile non *vitiatur = Utile* per mutile non *debet vitiai-i:* cp. L. 1, *§* 5, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis. alia inutilis, negue vitiatur utilis per hanc mutilem). Interpretou-se, pois. o direito romano, como se possuisse a regra de incontagiabilidade, a que a verificação da inseparabilidade excluisse, Em termos mais técnicos, devemos dizer precisamente: o suporte fático da regra jurídica sobre não ter o todo a mesma sorte da parte seria a separabilidade dos elementos volitivos *(=* pluralismo negocíal interno); se essa separabílidade não ocorreu, o que seria contra o *quod plerumque fit,* a regra *Utile* per *mutile* non *vitiatur* não incidiria. Se essa construção não foi a do direito romano, pelo menos é a mais admissível.

Posteriormente. com o racionalismo moderno, mais monista, e a observação de que o *quod plerum que fit* é exatamente o contrário (a inseparabilidade), teve-se de partir do princípio da contagíação, passando a ser exceção a não-viciação. Se as leis o explicitam. ou nao, e sem importância, porque se há de ter o negócio jurídico único como unitário, ou, se complexo, como de elementos com a mesma sorte, se não se alega e prova o contrário. A antecedência a priori da regra jurídica da contagiação não é mais do que o correspondente, no plano jurídico, da antecedência que se colheu na experiência dos negócios. O art. 153, como o art. 1.073 do Código Civil argentino, ambos procedentes do art. 803 do *Esboço* de Teixeira de Freitas, já refletem pensamento que se livrou do direito comum. O *§* 139 do Código Civil alemão veio depois do texto argentino,

A separação externa não exclui a unidade do negócio complexo. Pode ser um só o negócio jurídico em duas ou mais escrítura públicas, ou em escrituras públicas e escrituras particulares (L. Enneccerus, *Lehrbuc/i,* 1, 3O[ª]-34[ª] ed.. 515: Reichsgericht, 79 439, sobre negócio de troca em dois contratos de venda e compra). A distinção entre negócio jurídico único, em instrumentos múltiplos, e negócios jurídicos diferentes mas unidos, é relevante, ai, para o ónus da prova, porque o art. 153 só entende com aquele.

3. Parte *separável do* suporte fático. Analisando o suporte fático do negócio jurídico único, se se descobre que o negócio teria sido concluído *ainda* sem a parte atingida pela nulidade ou pela anulabilidade, é que essa parte é separável e então incide a regra jurídica Utile per mutile non vitiatur, que é a do art. 153, 1[ª] parte: „A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta

for separável. Pode dar-se que a inseparabilidade provenha também, ou só, da regra juridica. como se a lei considera nulo ou anulável todo o negócio juridico. ainda que o n‟ianifestante ou os manifestantes da vontade tenham admitido a separabiliclade.

4. Negócio *jurídico único, mas* complexo. Se o negócio jurídico é único, mas complexo, e a forma só é exigida por lei para parte dele, aplica-se o princípio geral da contagiação: só não se aplica, se foi alegado e provado que é separável a parte a que se nao exigiu a forma. Ainda nessa espécie, quem invoca o art. 153

tem de dar prova da separabilidade.

5.

Vícios de vontade e *pluralidade de* pessoas. Se o negócio jurídico é um só e muitas as pessoas, o vício de vontade de um afeta. não a manifestação de vontade dos outros, mas o negócio jurídico, pelo princípio geral da contagiação (cl. O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 252), salvo prova da separabilidade. O negócio juridico, na separação judicial litigiosa, ou na separação judicial por mútuo consentimento ou divórcio (se a lei pessoal o permite), em que os cónjuges regulam as suas relações de ordem económica e a guarda. a alimentação ou educação dos filhos, mas, a esse respeito, é nulo o acordo, nulo é todo o negócio jurídico: salvo se cabe a regra jurídica do art. 153.

O princípio da contagíação apanha as *disposições de última* vontade, de per si, ou se negócios jurídicos complexos: não o negócio jurídico, envolvente, do testamento.

Se o que causou a nulidade, ou a anulabilidade, não pode alegá-la, a *fortiori* não pode invocar o princípio da contagiação.

Se. no ato, há *compromisso,* tem-se de distinguir se há contrato de compromisso (pluralidade de negócios jurídicos) ou simples cláusula de juízo arbitral (unidade do negócio jurídico), para se saber de qual princípio geral se há de partir

§ 295. Pluralidade e défice

1. Contagiação internegocial. Se há dois ou mais negócios jurídicos, o princípio *a priori* é o da incontagiabilidade: a contagiação internegocíal é exceção. Exatamente o inverso do que ocorre quanto aos negócios jurídicos únicos: o princípio a priori é o da contagiação: a exceção, o não-contágio. Os dois conceitos, o de pluralidade e o de unidade levam a essas conseqüências lógicas, que o direito recebe, na solução técnica dos problemas concernentes à sorte do todo, se atingida a parte. As exceções provêm das circunstâncias e fatos que imponham, a *posteriori,* ali a unidade de sorte, e aqui a separação. A doutrina alemã, diante do *§* 139 do Código Civil, que contém os dois princípios, o geral e a exceção, pretendeu ler *o* primeiro como abrangente do negócio jurídico único, mas complexo, e da união de negócios jurídicos. O

princípio da contagiação seria o mesmo para os negócios jurídicos únicos e para a pluralidade *unida* de negócios jurídicos. Primeiro, tal atitude não atende a que o próprio Código Civil alemão foi o texto mais explícito a favor do princípio da contagiação como fundamental e da secundariedade (ou excepcionalidade) da regra jurídica de contagiação *(§* 139: „Sendo nula parte de negócio jurídico, é nulo todo o negócio jurídico, se não é de se admitir que também teria sido concluído sem a parte nula"). Ora, a respeito de união de negócios jurídicos, seria ilógico partir-se da com-sorte deles, porque seria presumir-se a dependência bilateral e dar-se ao interessado o ônus de alegar e provar a separabilidade. Segundo, unidade e união regem-se por princípios diferentes, e cada negócio jurídico pode ter, dentro de si, o problema da separabilidade ou inseparabilidade das partes; intranegocialmente, portanto. Examinemos alguns casos concretos: a) julgou-se algumas vezes que a procuração passada em contrato, que se fez com infração de regra de forma, é nula, o que é absurdo, porque dependeria de se saber se houve, aí, a dependência entre a validade do contrato e a outorga da procuração (os julgados aplicaram a regra jurídica excepcional da inseparabilidade, crendo ter aplicado o principio da incontagiação, razão por que teve Otto Fischer, Auflassungsvollmacht im Scheinkaufvertrag, *Juristische ¶Âlochenschrift,* 51, 191 s., de atacar a solução dada); lo) também se aplicou o *§* 139 a venda e compra concluída pelos cônjuges com terceiro, sendo incapaz o marido (Reichsgericht, 59, 174), caso em que não havia contagiação, porém duas invalidades: *c)* o mesmo Reíchsgericht julgou nulo, no todo, negócio jurídico, pelo qual se comprou a um dos vendedores o edifício de uma taberna, e a outro as bebidas, só tendo

havido dolo quanto a essas, caso em que tudo dependia da união com dependência bilateral, como em a). Portanto, desses e dos outros casos notados e enumerados por Fr. André (Einf ache, zusammengesetze. verbundene Geschãfte, Festgabe *fúr* Ludwig Enneccerus, 28 s.) não podiam L.

Enneccerus *(Lelorbuclo,* 1, 515) e Hans CarI Nipperdey (39ª ed., *§* 189, texto e nota 16) tirar que o *§* 139

rege os negócios jurídicos unidos; nem, a Fortiorii, o Reichsgericht poderia entender que toda união implica com-sorte.

2. Extensão *da união* entre negócios jurídicos. Interpretando-se os negócios jurídicos unidos, sabe-se até onde vai essa união. Se com dependência unilateral, naturalmente não se pode pensar em que o negócio jurídico A, de que é dependente o negócio jurídico B seja arrastado pela invalidade desse negócio jurídico, ou de parte dele. Se com dependência bilateral, o conteúdo dessa dependência é que pode dizer se a invalídade do negócio jurídico B ou de parte dele arrasta o negócio jurídico A. ou parte dele: ou vice-versa.

O principio de contagiação está implícito e *limitado* pela união com dependência.

3. Alternação e princípio de contagiação. No caso de alternação, não há cogitar-se de dependência, nem de contagiação; porque a falta de um é que dá eficácia ao outro, No exemplo de Gaio (III, *§* 146), em que os lutadores seriam pagos por aluguel (arrendamento ou por compra-venda dos mortos), a nulidade dos contratos ou seria comum aos dois contratos ou não seria. Não se poderia pensar em contagiação.

4. Considerações finais. Por onde se vê quão acertado andou Otto Fischer, quando enunciou, clarissimamente, que, nos casos de negócios jurídicos independentes (pluralidade de negócios jurídicos), ainda que se dê união externa *(=* mesma instrumentação), nem se há de invocar o princípio da contagíação, nem, como exceção, a regra jurídica da não-contagiação; porque o que se há de entender é que a nulidade ou a anulabilidade de um negócio jurídico de maneira nenhuma influi no outro, salvo se ressalta outra razão para isso (Otto

Fischer. Konversion unwírksamer Rechtsgeschâfte, Festqabe fúr Adoli Wach, 1. 181).

Quando a lei supõe a dependência e a estatuí, di-lo explicitamente; e.g.. no art. 1.291, onde se estabelece que. „para os atos que exigem instrumento público ou particular, não se admite mandato verbal". Fora das dependências ex *vi legis,* o negócio jurídico ou parte dele somente se contagia com a invalidade de outro, se foi criada, negocialmente, essa com-sorte de validade: isto é, se também até aí foi a dependência contida na união. O mesmo havemos de pensar daqueles casos em que há pluralidade de sujeitos e. a *fortiori.* união só externa ou instrumental. Se há. na mesma escritura pública, dois contratos de venda e compra, como o da metade do prédio e o do terço, em que são outorgantes A e B, sendo B louco, sem representação no ato e sem a autorização dos arts. 427 e 453. ou sem essa, ou sem aquela, a nulidade não se contagia (sem razão, L.

Enneccerus. *Lehrbucb,* 1, 515). Idem, se, em relação a obrigações do mesmo negócio jurídico, se deram duas ou mais fianças. Se um dos negócios jurídicos é causal e o outro abstrato (e.g., negócio jurídico abstrato de adimplemento), também não é possível pensar-se em que o primeiro principio seja o da contagiação (A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teil,* II, 286: E. Goldmann, lst bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfúgungsgeschãft und bei Ungúltigkeit des ersteren *§* 139 EGE anwendbar?. Cruchots *Beitróge,* 56, 121; Lentschútz, lst *§* 139 8GB auch aul abstrakte Rechtsgesch‟ãfte anwendbar?, Deutscbe Juristen-Zeitung, 14, 431, todos por se tratar de negócio jurídico abstrato; contra, sem razão, G. Plancl‟ç, Kommentar, 1, 371, L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 515, e O. Warnever. *Kommentar,* 1, 252): por dois argumentos, serem negócios jurídicos diferentes (pluralidade de negócios jurídicos) e ser um deles negócio jurídico abstrato. O grande mal da doutrina alemã foi entender extensivo aos casos de pluralidade de negócios jurídicos o *§* 139, que de modo nenhum se referia a eles; e a inclusão dos negócios jurídicos abstratos chegou às raias do absurdo.

Compreende-se que. na 40 ed. do Kommentar de G. Planck, O. Strecker (III, 130 s.) reagisse, se bem que insulicientemente. No direito brasileiro, quando a lei faz consorte do negócio jurídico causal o negócio jurídico de ordinário abstrato (e.q., de adimplemento), di-lo (art. 622. parágrafo único, referente a bens móveis: "Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo"),

§ 296. Pressupostos do art. 153, 1ª parte (incontagiação)

1.

Problemas *de* inexistência e *problemas de* contagiação. O art. 153, 1ª parte, pressupõe: a) a existência de negócio jurídico único; lo) a complexidade do negócio jurídico, quer subjetiva, quer objetiva, quer de elementos volítivos; c) a separabilidade das "partes" do negócio sem que seja ele, com isso, tornado imprestável (= mutile). Se o negócio jurídico não existe, ou não existe parte dele, não se precisa invocar princípio excepcional de separabilidade: o que existe não depende do que não existe. Por isso mesmo, se há regra jurídica que diz "Considera-se não escrita a cláusula...". essa regra, e não o art. 153, 1ª parte, é que se há de invocar O art. 153, 10 parte, dá ensejo à defesa (parcial) na ação constitutiva negativa; ao passo que a regra jurídica sobre se ter por não-escrita a cláusula é questão prejudicial, declarativa negativa, quer na ação de constituição negativa, quer na de declaração positiva, quer em qualquer outra. Se negócio jurídico existe, mas. em verdade, há dois ou mais negócios jurídicos, não há unidade, embora com complexidade, e pois não há o problema de técnica legislativa, a que o art. 153, 1ª parte, veio dar solução.

2. *O que* se entende por partes do negócio *jurídico.* Não épreciso que as "partes" sejam do mesmo tipo de negócio jurídico: inclusive pode tratar-se de partes de negócios jurídicos de ramos diferentes do direito. a) Se há acordo sobre o lugar de execução e para um dos contraentes é nulo, a cláusula não é nula para o outro.

lo) Palavras, números e outros sinais não se têm como "partes", no sentido do art. 153. 10 parte, nem do principio primeiro de contagiação (O. Warnever, *Kommentar,* 1, 251). c) Se há duas ou mais pessoas, de um lado, ou do outro, cumpre saber-se se há negócio jurídico único, ou se há pluralidade de negócios jurídicos.

Na primeira espécie, o princípio geral é o de contagiação, a que o art. 153, 10 e 20 partes, cria exceção; na segunda. princípio geral é o da independência ou não-contagíação, com a exceção para os casos de dependência *ex vi leqis* ou de origem negocial. A doutrina e a jurisprudência alemãs tiveram aí um dos seus mais lamentáveis enganos.

Se o nqanífestante ou manifestantes da vontade sabiam que parte do negócio jurídico seria nula, falta vontade para o negócio jurídico, e a parte, não atingida, se separável, não precisa de invocação do art. 153, 1ª parte (cp. G. Planck, *Kommentar,* 4d cd., 372; equívoco, A, von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 372. nota 33, que parece ter querido a não-existência do negócio jurídico todo, inteiramente sem razão). O princípio da contagiação supõe que todas as partes tenham sido queridas. Por isso mesmo, se uma parte é aparente, ou simulada, só a outra, ou as outras foram queridas e valem por si (O. Warneyer, Kommentar, 1, 252).

3. Negócios *jurídicos unidos* e art. *153.* O art. 153, 1ª parte. nada tem com os negócios jurídicos unidos (com dependência unilateral, ou bilateral, ou com alternativa), a *fortiori* se apenas externa a união. Se há, ou não, dependência, ou alternação, équestão de interpretação que tem de descer à indagação da sorte dos negócios jurídicos ou da união. Não há, no plano das regras jurídicas, princípio da contagiação ou da não-contagiação excepcional. Definida a dependência, ou alternação, está definida a sorte dos negócios jurídicos. Nem é científico dizer-se que. nas espécies de união, existe sempre inseparabilidade internegocial, nem afirmar-se o contrário.

4. .Separabilidade das partes e *resolução por inadimplemento.* Em casos de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único: Código Civil alemão. *§* 326; suíço das obrigações, art. 83. 2ª alínea), a separabilidade das partes exerce papel semelhante àquele que o art. 153, 10 parte, atribui á validade do separável. Mas é erro, de que não se livrou a jurisprudência alemã, com a acolhida de O. Warneyer (Kommentar, 1, 253), invocarem-se o princípio geral a respeito de contágio da nulidade e o art. 153. 1ª parte.

Certamente, a resolução apanha todo o negócio jurídico, salvo separabilidade, — o que faz coincidirem dois princípios gerais e duas regras jurídicas de exceção; porém isso não pode ser resultado de interpretação do art. 153, 1ª parte.

§ 297. Art. 153 e negócios jurídicos unitários

1. *Erro de* doutrina *e* posição científica *da questão.* Pretendeu-se que aos negócios jurídicos unitários se estende o art. 153 (principio da não-contagiação ao separável). Essa aventura de L.Enneccerus *(Leh)-buch.*

1, 515), que Hans CarI Nipperdey (1, *§* 159, texto e nota 19) manteve, foi repelida pela jurisprudência (Reichsgericht, 79, 439; 82, 124: 93, 338). com toda a razão. O exemplo, que deu, foi a de impossibilidade de parte da prestação prometida, ou proibição legal de parte dela. Grita a confusão, em que incorre, entre *nulidade* ou *anulação* de partes do negócio jurídico e *impossibilidade originária* de parte da prestação. O

texto da L. 57, *§* 1, D., *de contrabenda* emptione, 18. 1, supunha a *condictio,* de que se fala na L. 57, pr ("solutam condici posse aiunt"), se o vendedor ignorava, ou a nulidade ("nulíam venditionem stare"). se toda a prestação se perdeu e o vendedor o sabia, ou a subsistência da venda, com restituição do correspondente ao que se deixou de prestar. Não se cogitou de nulidade parcial, a despeito do que escreveram Th. Mommsen e B. Windscheid; nem de não-contágio. A nulidade é do negócio jurídico, ou não há nulidade: parte de prestação não é "parte" do negócio jurídico. Não se tem de invocar o art. 153: se se pagou, pois que o negócio jurídico vale, invoca-se a *condictio:* se não se pagou. o negócio jurídico vale, e cabe a reclamação do abatimento, se o devedor não conhecia a impossibilidade de parte da prestação, ou reclamação do abatimento, mais *o* interesse negativo. Tudo que fora disso se escreveu sobre impossibilidade originária parcial foi criação de pandectistas e remissão dos civilistas alemães, desnecessária, ao *§* 139 do Código Civil alemão (ci. *§* 307, alínea 20), O contrato que. a despeito da impossibilidade parcial vale, vale todo, e não somente em parte.

2. *Ilicitude de* parte *do* negócio *jurídico unitário.* Se parte da prestação é contra o direito (ilícita), o negócio jurídico unitário énulo. O problema mais delicado é o da locação de prédios, se a autorização judicial ou *o* assentimento foi para x anos e o contrato se fez para $x + 1$ anos; a afirmativa de incidência do art. 153. 1ª

parte, foi adotada por L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 518), mas sem razão: o princípio da contaminação é que domina; o princípio excepcional (art. 153, 1ª parte) é de repelir-se (G. Planck, *Kommentar,* 1. 372).

§ 298. Onus de alegar e provar

1. *Nulidade parcial* e interesse. Tem o ônus de alegar e provar a nulidade aquele que tem interesse na nulidade parcial; de alegar e provar a validade *(* = não-contágio), o que tem interesse na validade parcial, isto é, na decretação da nulidade parcial (O. Warneyen Kommentar, 1, 254). Se algum dos interessados entende que se trata de pluralidade de negócios jurídicos, essa alegação e a prova disso certamente lhe incumbem.

2. Alegação e *prova de* haver *pluralidade.* Estabelecido que há pluralidade de negócios jurídicos com união, o õnus da prova da contagiação vai a quem a alega. Se, em vez disso, se assenta que o negócio jurídico é

único. o ônus da prova vai ao que alega a não-contagiação. A coisa julgada sobre a pluralidade ou unidade é ponto prejudicial: e impõe-se aos juizes, formal e materialmente, para a posição dos princípios geral e excepcional.

§ 299. Obrigações principais e obrigações acessorias

1. Regras *jurídicas* coqentes. no art. *153, 2ª* parte. No art. 153. 20 parte, estatui-se: A nulidade da obrigação principal implica a das acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal." O princípio é incluso no de contagiação, excetuando-se, porém. para as obrigações principais. As duas regras jurídicas não são ius *dispositivum:* os contraentes não podem estabelecer, por exempío, que, nula a obrigação principal, nula não seja a da fiança; ou que, nula a fiança, a obrigação principal seja atingida. Trata-se de *ius cogens,* sempre que se haja de decretar nulidade, e não anulação. Voiveremos a tratar do assunto no Tomo IV, sobre validade e invalidade.

2. *Juros superiores* ao *dobro da* taxa *legal.* A lei (Decreto nº 22.626. de 7 de abril de 1933. art. l~) estabelece que e vedado, e punido nos termos" da lei, "estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal". Não é por invocação do art. 153, 20 parte. que se reduzem tais juros ao máximo da lei; é para se

atender à regra jurídica cogente. sem se aplicar o art. 11 que foi interpretado como não-abrangente da espécie dos juros e das multas convencionais: "O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais." Revelou-se regra jurídica: não se interpretou o art. 153, 2ª parte. Não assim, na espécie do art. 188, *§* 1ª da Constituição de 1988.

3. *Pluralidade de* prestaçóes. Quando o negócio jurídico, unico. contém pluralidade de prestações, cada uma delas é "parte" do negócio jurídico, no sentido do art. 153, 10 parte. Outrossim. quando são duas ou mais as pessoas: o que toca a cada uma é"parte", razão por que cada uma pode exercer o direito de retenção até que seja adimplida a contraprestação (art. 1.092), mas o direito formativo de resolução e a ação redibitória só conjunta-mente podem ser exercidos (arts. 1.092, parágrafo único, 1.101-1.106; *aliter,* quanto a exigir, art.

892). bem como a diminuição parcial originária, inclusive quanto ao importe (parte em quantidade).

§ 300. Negócios jurídicos bitaterais que não são contratos

1. *Os chamados* "acordos". Os contratos não são os únicos negócios jurídicos bilaterais. nem no direito público, nem no direito privado. Os chamados acordos são os mais freqúentes negócios jurídicos bilateraís, não contratuais. Há *acordo: a)* quanto à transferência da posse (art. 493,111), que pode ser seguido de entrega, de *brevi manu traditio,* ou de constituto possessório (art. 494, IV), ou pela cessão da pretensão à posse ou da pretensão possessória; b) quanto à transferência da propriedade imóvel, a que se há de seguir o registro; c) quanto à transferência da propriedade móvel, a que se há de seguir a entrega, a *brevi manu traditio,* o constituto possessório, ou a cessão da pretensão reivindicatória; *d)* quanto á constituição e transferência de direitos reais sobre imóveis seguido de registro (art. 676); e) quanto à constituição e transferência dos direitos reais sobre móveis seguida de tradição (arts. 620, 675, 678, 717 e 769), ou registro (Lei n0 492, de 30 de agosto de 1937, art. 1ª Decreto-Lei n0 2.612, de 20 de setembro de 1940; ainda, art. 798 do Código Civil, acerca da caução de títulos

nominativos de dívida da União, Estados e Municípios, e seu registro no Registro de Títulos e Documentos, segundo a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 127, III, e 129, 2ª); *f)* quanto à substituição do crédito que a hipoteca está garantindo por outro; g) quanto ao endosso-penhor (nosso *Tratado de* Direito cambiário, vol. II); *10* em atos em que as leis costumam dizer "se concordarem", ou "se acordarem . ou se consentirem os interessados".

A tradição, respeito à transferência da propriedade mobiliária (arts. 620-622). não é *o* mesmo que a tradição a respeito de posse (art. 520, II), pois nem aquela é apenas ato-fato jurídico: nem no é o próprio acordo do art. 493, III. a que se há de seguir a entrega.

a)

No direito brasileiro, temos de separar, com o máximo rigor, o acordo de transferência de bens imóveis, que é negócio jurídico abstrato, e o acordo de transferência de bens móveis, que é causal, como o contrato de venda e compra ou outro. Temos, pois, de tratar, primeiro, do acordo de transferência da propriedade imobiliária.

b)

Os *acordos* nem sempre produzem direito expectativo real. Quando a assembléia das sociedades e das associações e as diretorias se reúnem para deliberações unânimes ou por maioria simples ou qualificada, cria-se conteúdo de vontade *vinculante* e *único:* houve acordo, como suporte fático; porém o que entra no mundo jurídico é uno, é a vontade do órgão ou da coletividade (ato jurídico coletivo). Por isso, esses acordos podem não ser negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais: falta a enantiomorf ia; as declarações de vontade são paralelas. até que, com o cômputo para deliberação, se tenham algumas como convergentes e fundidas. Pode haver bilateralidade quanto a negócios jurídicos, que sejam concluídos *em virtude* das deliberações, e não das deliberações mesmas. O acordo é interno, fático: a deliberação é externa, porém não pode ser tida, sempre, se não excepcionalmente, como oferta ou aceitação. A deliberação da associação, ou da sociedade, ou da fundação, quanto à oferta que se lhe dirigiu, *ainda* não é aceitacão, nem recusa; é base para o ato do órgão executivo que signifique aceitacão ou recusa. A deliberação da associação, ou da sociedade, ou da fundação, quanto a fazer-se oferta, ainda não é oferta: é. de regra, base para ela, tão-só isso. Desses acordos fáticos, que entram no mundo jurídico como deliberações,

distinguem-se os negócios jurídicos *atos coletivos criativos,* porque já se projetam no mundo jurídico sem serem como *base;* e.g., a denúncia da locação por parte de dois ou mais locatários, a declaração de escolha por dois ou mais titulares do direito de eleição ativa, o negócio jurídico fundacional de dois ou mais instituidores (em deliberação coletiva). Quando aí, com o cômputo das declarações paralelas, umas são postas de lado como vencidas e outras se tornam convergentes e fundidas, o negócio iuridico já se produziu. As deliberações do art. 635 e *§§* 10 e 20 atos coletivos outorgativos. e não criativos. A venda da propriedade comum pelos condôminos não é ato coletivo: nesse ato, com o elemento individualístico, aí plural, da propriedade romana é que se enche o contrato pluripessoal.

2.

Acordo de transferência de direitos imobiliários. Junto aos contratos sói-se pôr o *acordo* de direito das coisas, para se completar a classe dos negócios jurídicos bilaterais. No conceituar-se o acordo é que surgem divergências e erros. Se por acordo se tem, por exemplo, o que se compõe de vontades diferentes, mas coincidentes, sem que o efeito só dependa dele, está certo. O *acordo de transmissão* ou transferência *de imóveis* entra, de ordinário, nas escrituras de venda e compra, e não é contrato: éacordo, que se há de seguir de registro. Nas escrituras públicas, quando se diz „vendem e transferem, neste ato, a propriedade e a posse", há o negócio jurídico bilateral da venda e compra, que é contrato, e dois acordos, o de transmissão da propriedade e o de transmissão da posse. que não são contratos. Se o acordo é *acordo de transferência de móveis,* há de seguir-se a entrega; porem, no direito brasileiro, é negócio jurídico causal. O acordo de transferência de imóveis não é contrato. Daí não se tire que o acordo, sozinho, não é negócio jurídico, como entendeu L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 359), com o assentimento de Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed.. 102 5.: acordo ± registro = negócio jurídico) e A. von Tuhr *(Der Alígemeine TeU,* II, 221, nota 107).

A primeira questão é quanto a ser o *acordo* negócio jurídico, ou não. 1-lá, nele, duas declarações de vontade, e muda ele algo a esfera jurídica de quem acorda na transferência: o acordante confere, em vez de prometer e obrigar-se, no que o acordo júri-real se distingue dos negócios jurídicos de direito das obrigações (J. Krech, Pie *ReUne* an *Grundstí‟cken.* 17 s.,‟ E. Bruck, *Die Einigung,* 14 s.). Vincula; portanto:

houve irradiação de efeito (direito que se conferiu), *a)* Uns pensam que o *acordo* (sem a tradição, para os móveis, ou sem o registro. para os imóveis) não é contrato (C. Crome. *System,* III, 111, 116 e 118; E. Goldmann1-1. Lilienthal, *Das* Búrgerliche *Oesetzbuch,* II, 178 5.: II. Biermann, *Sachenrecht,* 3s.; LI. Siber, *Buchrechtsgeschàft.* 127

s.; E. Bruck. *Die Einigurig.* 14 s.; G. Ortlieb. *Einigung und dinglicher* Vertrag, 36 s.). lo) Outros entendem que é contrato, porque o registro somente é ato estatal (W. Klucl"chohn. *Pie \Ierfúgungen* zugunsten *Dritter,* 162 s.). ou porque nele está a vontade de mudança jurídica real (G. Plancl"t, *Kommentar,* 1H, *4ª* ed.. 120; 1-1. Dernburg. *Das Iúrgerliche Recht,* III, 146: E. Fuchs, *Grundbegriffe des* Sachenrechts, 156). c) Outros, como Er. André *(Einfache, zusammengesetzte,* verbundene Oeschãfte, 7 a.), acham que se trata de negócio jurídico complexo, uma de cujas partes tem os seus efeitos próprios, de modo que a falta de registro não lhe tira toda a eficácia e o negócio jurídico a tem, antes do registro. Porém é claro que não se tem. aí, o negócio jurídico composto. Tampouco cabe admitir-se que o acordo é contrato condicionado ao registro, não parque essa é elemento essencial (sem razão, M. Wolff, *Lelo rbuch,* III. 102), e sim porque a falta do registro só lhe deixa de dar o efeito real, razão pela qual, se o primeiro beneficiado pelo acordo não obtém o registro antes do segundo, mas esse vem a suceder, universalmente, ao disponente, aquele pode pedir o registro no seu nome. O que falta é o *efeito real,* que o acordo somente conseguiria com o registro. Contra os que reputam o acordo, sozinho, ato definitivo de atribuição, há argumentos indestrutíveis: se o não-titular aliena a A e, depois, a B (ambos com ciência da não-titularidade), obtendo B o registro e vindo *o* não-titular a tornar-se proprietário, é B que tem a propriedade, e não A. Se B estava de boa-fé, porque o dísponente constava do registro, confiou B no registro e está protegido, ainda que A também estivesse: A não obteve, antes, o registro.

Nenhum leigo ignora que, nas vendas e compras, se promete vender e de costume se declara que acordaram os "contraentes" (referindo-se ao contrato de venda e compra) na transferência, desde já. da propriedade; mas, de ordinário, não se presta a devida atenção à distinção entre o contrato e o acordo, que, nas vendas a prazo, não consta da escritura. Ora, sem esse, o contrato de venda e compra é pouco mais que o engagement para a primeira valsa (5. Schlossmann. Der Vertrag, 164).

Não se trata de contrato; do negócio jurídico não emana obrigação:

emana direito. Falar-se de obrigação era, apenas, fruto do hábito de se tratar com os contratos e as declarações unílaterais de vontade do direito das obrigações, e deve-se a E. Eruck *(Pie Einigung. 6* s.) ter-se insurgído contra isso, que deparara em O. Strecker *(Pie allgemeinen Vorschriften des BGB,* 25), em E. Endemann *(Lelo rbuch,* II, 60 ed., 74) e muitos outros. A infração do acordo é infração do *dever,* ofensa ao direito conferido; e não inadímplemento de obrigação. Não há pretensão obrigacional a que o acordante preste, ou faça, ou não faça. Trata-se de efeito, sim: mas esse efeito escapa aos quadros do direito das obrigações. Tampouco, com o acordo se transfere a propriedade. Tanto assim que, se não se procede ao registro, o imóvel entra na massa concursal.

O efeito real não se deu. O acordo, sozinho, não no tem. Se atendemos a que não se pode revogar a declaração de vontade, que conferiu aquele direito, claro é que o acordo vincula. Mas *o* que o obteve não está a salvo de ir o alienante alienar a outrem e acordar, com essoutra pessoa, a transferência. E o que *os* fatos mostram: e não se precisaria de mais do que isso para se afirmar que o acordo é negócio jurídico, embora não seja contrato. Ao tempo em que se discutia a construção do acordo. ainda não se conhecia bem o efeito mínimo dos atos jurídicos, e foi por isso que o próprio E. Bruck *(Die Einigung,* 9) estranhou a vinculação pelo acordo, entendendo ser supérflua. Essa vinculação, pela conferência do direito, é ofendida pelo acordo com outrem; se tal ofensa se dá, a resolução (art. 1.092, parágrafo único), ou a exceção *non adimpleti contractus* (art. 1.092) só se refere ao negócio jurídico causal em que se prometeu transferir (venda e compra, troca etc.). A ação de indenização é extranegocial (arts. 159 e 160); porque o direito lesado era direito formado. Não se pode dizer que não há ação contra o ofensor do direito. Cabia, antes, a ação declaratória; cabe, depois, a ação de indenização pela ofensa ao direito, inconfundível com a ação de prestação oriunda do negócio jurídico causal (sem razão, E Endemann, *Lelorbuclo, 60* ed., 81 s., que ai viu ação, cessível, de prestação do direito real, cf. II, *1,* 3ª -9ª ed., 78 s.).

Diz-se que o acordo é contrato real *(dinglicher* Vertrag). A expressão "contrato júri-real" vem de F. von Savigny (System, III. 312) e passou a ser de uso geral. O Código Civil alemão excluiu- a (cf. II Projeto, *§*

828, 1). Somente se pode dizer que o acordo é contrato júri-real, provando-se, antes, que é contrato. Porque, se todo contrato é acordo, em sentido largo, nem todo acordo é contrato. De modo que é júri-real, sem, contudo, ser contrato.

O negócio jurídico do acordo de transmissão imobiliária distingue-se do negócio causal. Porém esse, de certo modo, o anuncia, sem ser, como exprobrou E. Endemann (Lehrbuch, III, *1, 77),* pré-contrato do acordo. Trata-se de negócio juridico causal, fundamental ou básico *(Crundgeschàft),* que fica por baixo, subjacente, do negócio jurídico abstrato, que é o acordo; de modo nenhum, pré-contrato. Nele, o que se promete é a transferência (e.g., vende-se); não só o acordo. O acordo pode existir sem ele, se se trata de sucessão *causa mortis* ou por lei; e pode não ser prectso, como se dá com a transferência que se opera em virtude da comunhão matrimonial de bens (por conseguinte, decretada a invalidade do casamento, a transferência desaparece, ex tunc). A promessa de venda e compra, de que fala o art. 639, do Código de Processo Civil, essa, sim, é pré-contrato, — pré-contrato do *contrato* de venda e compra e do *acordo,* se a venda e compra seria para transferência desde que se contratasse, ou em tempo já decorrido.

Em conclusão: os *acordos* que se referem à transferência de propriedade imobiliária dão ao outorgado o *direito expectativo,* que se exerce, promovendo-se o registro. Não se precisa pensar, portanto, em pretensão real à transferência, como E Endemann *(Lelo rbuclo,lll,* 5ª-9ª ed., 88). Nem existe pretensão a obter consentimento para o registro, como, sem razão, quiseram alguns juristas (H. Oberneck, *Reiclosgrundbucloreclot,* 1, 4ª ed., 330; E. Fuchs. *Grundbegriffe,* 161 s., *Grundbuchreclot,* 28: E Endemann, *Lelo rbuclo,* 1, 8ª-9ªed., 109 5.; certos: M. Wolff, Lelorbuclo. III, 103; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 187; K. Rober. 3. *v.*

Staudingers Kommentar, III. 103), O direito ao registro nasce do acordo.

3.

Acordo de transmissão do domínio mobiliário, De começo, observemos que o problema relativo aos direitos reais sobre móveis, dependentes do registro. se trata como o dos direitos reais sobre imóveis: se lhes basta a tradição, como a transmissão do domínio mobiliário. O assunto leva-nos ao primeiro estudo sistemático dos arts, *520,* II. e 620-622. Que é a tradição? Daí é que se tem de partir. (E negócio juridico a tradição? Para bem focalizarmos o problema, imaginemos que houve, no momento a, o contrato de venda e compra de vinhos para entrega após dois meses (momento b), e a *tradição (=* entrega) no momento c. Houve qualquer acordo entre a e *c?* Se a entrega era para ser imediata e nisso acordaram os figurantes, ~houve acordo, a

que se devera seguir a tradição? Se o que acordou em entregar, não entregou a coisa, jnfringíu obrigação ou o direito expectativo do que havia de receber a coisa? Excluamos as espécies em que houve constituto possessório (art. 620) ou cessão da pretensão à entrega *(cessio actionis,* art. 621). Para E. von Savigny *(System.* 1H, 309 si a *traditio* era contrato, que a entrega material apenas *exprimia.* A tradição seria a forma do negócio jurídico (13. Windscheid, *Lelo rbuch,* 1, 9ª cd.. 881; A. Exner, *Die Lebre vom Reclotserwerb durclo Tradition,* 10 s., para quem a tradição é a aquisição contratual de direito real na forma da tomada de posse, que o adquirente executa com o consentimento do autor). Insurgiram-se contra isso A.

Brinz (Lelorbuclo. 1. 588) e E. 1. Bel‟ *(Das Reclot des Besitzes,* 86). para quem parece estranho que o processo real seja forma. Porém o ponto fraco da tradição-forma não está nesse argumento, pois seria possivel, em casos imagináveis ou históricas, que o ato real fosse forma da declaração de vontade. Tinha-se de saber se a entrega-e-tomada de posse é integrativa do negócio jurídico, ou se apenas integra a eficácia. A resposta de 13. Windscheíd e de A. Exner fora demasiado radical: seria forma, o que eliminava qualquer *tempo* entre o pacto e a entrega-e-tomada. Nas origens, a tradição era só entrega: depois, com a jurisprudência, foi que se introduziu o consentimento. Daí ter 5. Schlossmann *(Der Yertrag,* 94), regressivamente, visto na tradição negócio jurídico unilateral (com o assentimento de A. Pernice). O texto de Javoleno (L. 55, D., *de obliqationibus et actionibus,* 44, 7) desmente-os, e serve à tese de F. von Savigny (só se refere àtradição, não ao negócio jurídico básico). Cf. Juliano, nas L. 36 e 37, *§* 1, D., de *adcyuirendo rerum dominio,* 41, 1, e Paulo, na L. 10, D., *de donationibus,* 39. 5. Cumpre, todavia, distinguir mos: A) tradição =

entrega-e-tomada de posse *(Besitzergreifung)* e B) tradição = declaração de vontade concordante + entrega-e-tomada de posse. No texto de A. Exner. a forma é só o segundo termo (entrega-e-tomada). Seja como for, esse pensamento seria mais conforme às fontes e mais admissível, no direito de hoje, que o de 13.

Windscheid. A *traditio* não era a forma, nem *o* segundo elemento fático da transferência, como pretenderam A. Brinz *(Lelo rbuclo,* 1, 588) e E. 1. Bel&er *(Das Reclot des Besitzes,* 86 5): a tradição era todo o negócio jurídico, que a entrega-e-tomada integrava. Para se dizer que a tradição era contrato real seria preciso partir-se de que era abstrata. A *mancipatio* e a *in iure cessio* eram abstratas. A tradição, nem sempre (H. Dernburg, *Pandekten,* 7ª cd.. 221: 9ª ed., 166), Por onde se vê que a classificação da tradição como negócio jurídico de direito das coisas, ou contrato júri-real *(dinglicloer Vertrag)* é inconciliável com a sua pelo

menos ordinária concepção causal. *Traditio* era qualquer entrega da coisa. Nem toda *traditio* operava a transferência da propriedade. O depositário, o comodatário, o locatário e os outros, que só tivessem posse imediata, ou não fossem proprietários, não poderiam transferir o que não tinham.

Precisava-se do poder de dispor e da vontade de exercê-lo. A tradição só produzia aquisição derivativa da propriedade. Ela, em si, não era negócio jurídico, e sim, tão-somente, execução real de negócio jurídico de alienação, a chamada *iusta* causa *tradition is,* Ao contrário da mancipação e da *in iure cessio,* que eram abstratas, a tradição só entrava no mundo jurídico, com a *causa,* isto é, ligada ao negócio jurídico de alienação, cuja execução real era. Entendia 1(. R. von Czyhlarz *(Lelorbuclo,* 160 ed., 104), que nunca podia ser abstrata. Invoca-se, contra, o texto de Juliano, na L. 36: "Quando consentimos quanto ao corpo de que se faz tradição e dissentimos quanto às causas, não atino porque seja ineficaz *(inefficax!)* a entrega; por exemplo, se eu cria te estar obrigando, por testamento, a entregar fundo, e tu entendias que te era devido por força de estipulação. Porque, também, se eu te entregasse, em virtude de doação, dinheiro de contado, e tu o recebesses como creditado, é assente que a propriedade passa a ti, nem é impedimento que tenhamos dissentido respeito à causa de dar e de receber." Mas desse trecho não se pode tirar que fosse abstrata a *traditio:* Juliano estava no plano da *condictio,* e não no da classificação dos negócios jurídicos em abstratos e concretos. Ulpiano incumbiu-se de nos esclarecer (L. 18, *pr,* D., *de* rebus *creditis.* 12, 1):

"Se eu te der dinheiro, como em doação *(quasi donaturus),* e tu o receberes como em mútuo, escreve

‚Juliano que não há doação; mas tem-se de ver se há mútuo *(sed an mutua sit, videndum).* E sou de opinião que tampouco há mútuo, e que é mais acertado não se ter feito do accipiente o dinheiro, pois que o recebeu noutra crença *(cum alia opinione acceperit).* Por isso, se o consumiu, se bem que obrigado pela *condictio*"

— aí a diferença entre o pensamento de Ulpiano e o de Juliano — "poderá usar da exceção de dolo, porquanto o dinheiro foi consumido segundo a vontade do que o deu". Se bem que K. R. von Czyhlarz, assaz lacônico, não tenha fundamentado o seu modo de ver, que foi o certo, parece-nos que a interpretação, que demos, é a que corresponde às fontes, no que se refere a ser causal a tradição (negócio jurídico de alienação + entrega). A *traditio* não foi negócio jurídico de direito das coisas, mas de direito das obrigações, com a execução simultânea ou imediata. O texto de Juliano não representou evolução da tradição

concreta (causal) para a abstrata (sem razão, E. Sohm, *Institutionen,* l6e ed., 387), e sim disputa entre juristas sobre a repetição pela *condictio.*

Se passamos ao direito brasileiro, temos de atender à concepção contemporânea. O ato, ato-fato ou ato estatal, que faz produzir-se o efeito real, faz abstrato o negócio jurídico a que se agrega. Os acordos não são, em si, abstratos; são abstratos os acordos de transferência e constituição de direitos reais sujeitos a registro, na propriedade imobiliária, porque a transferência e mais modificações só se operam com o registro e a esse registro se deu eficácia de fé pública; porém não o acordo de transferência da propriedade mobiliária, porque, no direito brasileiro, a publicidade do ato-fato não tem tal conseqüência. Aí é que está a verdade e, pois, a única solução do difícil problema, que mais se obscureceu quando se lançou mão do conceito de *dinglicloer \/ertrcig,* contrato júri-real, para se abarcar o acordo e o ato-fato da entrega ou o acordo e o ato estatal. O acordo sobre a propriedade mobiliária só é abstrato, no direito alemão, porque há a regra En *faiL*

de meubles possession vaut titre, que não temos; não no era a *traditio,* nem no é a tradição dos arts. 620-622

do Código Civil brasileiro.

§ 301. Pluripessoalidade

1.

Identidade e *incindibilidade negocia!.* O fato da pluripessoalidade, sem plurilateralidade, pode ocorrer nos negócios jurídicos unílaterais, ou bílaterais, ou plurilaterais. Mas *o* fato tem espécies diferentes: a) podem ser idênticas as manifestações de vontade e *incindíveis,* por lei, os interesses (e.g., venda do bem comum pelos cônjuges); b) podem ser idêntícas as manifestações de vontade, e um só o interesse (e.g., promessa de recompensa por duas ou mais pessoas; subscrição de titulo ao portador por duas ou mais pessoas: fundação por dois ou mais fundadores); c) pode ser uma só a manifestação de vontade, a despeito da pluralidade de pessoas (e.g.. deliberação da assembléia da associação: deliberação por dois ou mais órgãos. como o Poder

Legislativo e o Executivo, ou a diretoria e a assembléia; prêmio por dois ou mais benfeitores; denúncia do contrato de locação de coisa por dois ou mais locatários). A pluripessoalidade há em a). b) e c); ato coletivo, em *c).* Na venda da coisa comum. sem se tratar de comunhão de bens entre cônjuges, há pluralidade de negócios jurídicos, e nao só pluralidade de pessoas: cada um vende o que é seu, e só é seu o que é a *parte ideal* da coisa.

2. *Ato coletivo.* Já falamos *(§* 283) do ato coletivo e de como se distingue das deliberações paralelas. Há autores hostis ao conceito de ato coletivo, e à expressão mesma, por ter dois sentidos distintos. Sem razão: quando a expressão tem sentidos distintos, o que se tem a fazer é fixar-se *qual deles* é o apropriado ao sistema jurídico e, assim, tratando-se de fatos da vida, afastar-se o que seria errôneo. Se a vontade é uma só, no que integra o suporte fático, e nenhuma das pessoas a manifesta definitivamente, mas só em preparação de vontade coletiva, essa espécie apresenta tais particularidades, que seria desvantajoso para a ciência prescindir-se do conceito. E *o* que se dá com o nome ato coletivo

Capítulo XIV

Contratos Bilateraís

§ 302. Consceituaçâo e princípios

1.

Negócios *jurídicos bilaterais, contratos espécie deles,* e *contratos bilaterais.* Todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Porque, aí, a bílateralidade diz respeito à *composição* subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de

vontade concordes (plano da existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. Quanto à *eficácia,* é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais (plano da eficácia). Então, contratos bilaterais são negócios jurídicos, pelo menos bilaterais, de eficácia bilateral. Contrato bilateral é aquele de que se irradia eficácia bilateral (deveres, obrigações, ações, de ambos os lados). Bilateral, aí, é. portanto, bilateralmente criador de direitos, deveres, pretensões. obrigações, ações e exceções. Há prestação e contraprestação. que é o que o credor promete. Portanto, dever e contradever, obrigação e contra-obrigação, a que correspondem direito e contradireito, pretensão e contrapretensão. Não se exige que a contraprestação equivalha. exatamente, no mundo fático, àprestação; basta que se haja estabelecido. no mundo jurídico, segundo os fatos da vida e a intenção dos contraentes, a equivalência *(princípio da* equivalência *intencional).* O negócios jurídico bilateral com eficácia só unilateral, ou o é porque só um dos lados (contraente) adquire crédito, pretensão ou ação *(e.g.,* mútuo. promessa de doação); ou *o* é, porque o crédito, pretensão ou ação de um contraente não equivale ao crédito, pretensão ou ação do outro (e.g., mandato, depósito gratuito. comodato). São os *con tractus bílaterales inaequales,* — ditos, também, imperfeitos, em terminologia que se deve repelir, porque tais contratos são, por certo, unilaterais, e não bilaterais. A equivalência é que é o critério mais adequado para a discriminação; não há, nesses, a prestação e a contraprestação, caracterizada na duplicidade de nome das *actiones (empti, venditi; locati, conducti)* ou na própria unidade de nome *(pra sacio),* — há a *acho directa (e.g., mandati, depositO* e a *contraria.* Assim, há contrato bilateral quando ambos os contraentes têm de prestar, em virtude de promessa contra promessa, com certa equivalência; de modo que o chamado contrato bilateral desigual, em que há grande diferença entre os importes das prestações, não é, rigorosamente, contrato bilateral.

Contrato é o negócio jurídico (ou o instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue. Os mais importantes são os do direito privado; porém há — os de direito público. Não são os únicos negócios jurídicos bilaterais.

Os tratados de direito das gentes são, de regra, contratos. No direito das coisas, o acordo de transmissão é negócio jurídico bilateral, que alguns juristas entendem ser, apenas, elemento consensual do suporte fático.

a) O contrato de direito das coisas *(dinglicher Vertrag),* que escritores

italianos, espanhóis e franceses traduzem, erradamente, por contrato real, seria composto do acordo + a posse, ou do acordo + o registro no registro de imóveis. O acordo apenas seria primeiro passo. Apareceria, então, o chamado efeito preliminar ou prévio. Mas tal cisão amputa. O acordo de transmissão é, só por si, negócio jurídico; a eficácia real resulta de outro fato jurídico, que é a tradição, ou do registro. Não há qualquer efeito prévio; há efeito próprio do acordo e efeito do ato que em virtude dele se obtém (a tradição, o registro). Tanto mais quanto, se écerto, como é, não poder haver tradição sem a vontade do tradente (não se confunda a tradição segundo os arts. 620-622, que éacordo de transmissão de propriedade mais tradição da posse, com a tradição da posse segundo o art. 520, II, que é só ato-fato jurídico), pode o acordo de transmissão conter outorga de poder ao adquirente para que tome posse da coisa, como contêm, no direito imobiliário brasileiro, o direito a levar a registro *o* titulo. Querer-se negar ao acordo de transmissão eficácia própria, como negócio jurídico bilateral, que é, é desconhecer-se que continua eficaz se o que transfere cai em incapacidade ou morre, e não se atentar na sua irrevogabilidade. Se o alienante também acorda com outrem, que se adianta a registrar, ou a tomar posse da coisa, dois atos jurídicos existiam e um deles se adiantou, obtendo a eficácia real. *b)* Os contratos de direito das obrigações, se não são os mais frequentes, são os a que mais se presta atenção. Por eles, criam-se, modificam-se ou extinguem-se relações jurídicas de crédito. Uns têm irradiação de deveres (dívidas) e obrigações para os figurantes de todos os lados, e são ditos bilaterais ou plurilaterais; outros, somente para o figurante ou figurantes do mesmo lado, e são ditos unilaterais. c) O direito de família tem a figura do contrato, e por ele criam-se, modificam-se ou extinguem-se relações jurídicas familiares, de que se irradiam direitos, deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções. O casamento é contrato. A adoção é contrato. O restabelecimento da sociedade conjugal écontrato (E. Secl□el, *Die Aufhebung und die Wiederhestellung der ehelichen Gemeinschaft,* 33; sem razão, os que o têm como ato jurídico *stricto sensu,* como P. RIem, *Die Rechtshandlungen,* 83 s., e até ato-fato jurídico, o que é absurdo, pois o louco poderia, se assim fosse, restabelecer a sociedade conjugal). *d)* No direito das sucessões de alguns Estados há contratos, porém não no sistema jurídico brasileiro.

Na própria Parte Geral do direito privado há contratos. O ato de constituição das sociedades e associações é contrato. Dele irradiam-se direitos, deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções; mas, principalmente, o efeito criativo da sociedade ou da associação. Depois, com o registro, há o efeito de personificação, que não é — como alguns erradamente pensam — efeito do ato criativo. Criação da

sociedade ou associação e personalidade são efeitos distintos.

Os efeitos que os negócios jurídicos bilaterais ou plurilateraís produzem são entre os figurantes. Se há representação, o representado não é terceiro. Sem poder de representação, o que seria figurante por ato de outrem não é figurante, é terceiro, que pode, ratificando os atos de gestão alheia de negócios seus, inserir-se na relação jurídica. A regra é que os negócios jurídicos não produzem efeitos contra terceiros, posto que se possam produzir a favor (estipulações a favor de terceiro, solução por terceiro em virtude de contrato, assunção de dívida etc.). O art. 900, parágrafo único, diz que a remissão a um dos credores solidários extingue a divida. Em verdade qualquer remissão extingue a dívida, ainda que embutida em contrato (e.g., remissão após assunção da divida alheia por terceiro, *pactum de non* petendo obtido por terceiro).

O

domínio e os outros direitos reais não podem nascer a favor de terceiro, salvo em se tratando de hipoteca, penhor, anticrese, ou renda sobre imóveis (Martin Wolff. *Lehrbuch,* III. 27ª-32ª cd., 103). Mas pode transferir-se a terceiro a posse mediata, como se ocorre constituto possessório.

As deliberaçóes das pessoas por maioria não são contratos:

pois. salvo unanimidade ocasional, não houve *consensus.* Os que decidem por maioria sujeitam-se ao interesse do maior número. Supõe-se essa sujeição, que há de ser efeito jurídico da lei ou de ato jurídico. E

preciso que todos os que votam, ou poderiam votar, estejam juridicamente subordinados ao respeito do que for deliberado. Por isso, se um grupo de pessoas resolve constituir sociedade ou associação e alguma ou algumas não estão de acordo com algum ponto da constituição, tal pessoa ou tais pessoas ficam de fora. Não houve, ex *hppothesi.* qualquer ato de direito público ou de direito privado de que se irradiasse o seu dever de se subordinar à maioria. As deliberações são atos jurídicos, às vezes negócios jurídicos, porém não contratos. Por exemplo: as pessoas que compõem os órgãos das pessoas jurídicas deliberam, quase sempre, por maioria; os condôminos deliberam por maioria (arts. 635, *§§* 1ª e **2**q, e 637); a assembléia de credores delibera por maioria. A lei ou o ato jurídico

determina como se calcula a maioria e qual a maioria que delibera.

Alguns juristas negam às deliberações o serem negócios jurídicos; outros as têm como tais. A verdade está em que, em si. são elas atos coletivos, que têm antes de si dever de respeito àmaioria, razão por que podem ser coletivos com *falta* dos dissidentes. Pode ser que o *querido* pela deliberação seja ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu,* ou negócio jurídico, — o que nada tem com o problema da natureza da deliberação. As deliberações são, de regra, internas a pessoas jurídicas e a comunidades de pessoas; porém nada se opõe a que se *externem,* em execução do deliberado (e.g., oferta ou aceitação do contrato). Não há qualquer negócio jurídico entre a assembléia de credores e o insolvente ou o falido; o ato coletivo da maioria ê unilateral. A concordata com os credores, preventiva ou suspensiva, não é. de modo nenhum, contrato entre insolvente ou falido e credores.

2.

Figurantes necessários ao contrato bilateral. Os contratos bilaterais exigem a concorrência dos figurantes, de um e de outro lado, porque só assim se dá a bilateralidade do negócio jurídico, ou, se há mais de duas espécies de figurantes uns em frente aos outros, a plurilateralidade. Nos contratos unilaterais, há a aceitação da oferta *(e.g.*. na doação, art. 1.165), porém menos do que a aceitação da oferta com assunção de deveres e obrigações, elemento bilateralizador do contrato. em vez daquela, que não no bilateraliza e apenas torna bilateral o negócio jurídico. Se, nos contratos bilaterais, e.g., na venda e compra. deixou de haver comprador, como se se pudesse conceber negócio jurídico unilateral de venda, tem-se de interpretar que se trata, apenas, de oferta de venda e compra, ainda que se trate de promessa em escritura pública, construindo-se o posterior ato jurídico do comprador, respeitada a exigência de forma especial, se a há, como aceitação *da* oferta. Falar-se, aí, de ratificação, ou de confirmaçao, ou de qualquer fato jurídico, que suponha invalidade, é atécnico e cheio de inconvenientes. Andou por perto da solução científica, mas sem atinar com o conceito preciso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 25 de junho de 1946 *(J* 30/59).

3.

Falsas bilateralizaçóes de contratos unilaterais. Quase todos os principais contratos, em que há uma prestação por outra (bar *ganha),* são contratos bilaterais (venda e compra, troca); porém há contratos bilaterais em que não há a permuta de prestações (sociedade). A bilateralidade, estando, aí, na eficácia, o contrato, em que cada contraente promete, para que o outro prometa, é bilateral.

O comodato é contrato unilateral: pretensão à restituicão e, até, á ação, pelo mau uso, não o fazem bilateral: não se prometeu a restituição, nem o uso regular, *para que* fosse concedido o uso, nem se concedeu o uso para que se restituisse a coisa comodada.

Se a prestação que, de ordinário, é prometida em contrato unilateral, passa a ser *contra* outra prestação, bilateraliza-se o contrato. A fiança, que se promete, ou presta, *para que* o fiador adquira crédito, ou entre em sociedade, ainda que a favor de terceiro, é elemento de adimplemento de contrato bilateral: fugiu ao tipo que lhe traçara a lei civil. *Aliter,* se a promessa não se faz ao fiador mesmo, e sim a terceiro. Outros exemplos têm-se na promessa de mútuo inserta em contrato bilateral e no depósito retribuído.

4.

Nulidade e ineficácia dos contratos bilaterais. Nos contratos bilaterais, se uma das obrigações não se produz, por ser impossível, imoral, ou contrário a regras juridicas nulificantes (art. 145, 1-MI) o negócio jurídico, não há como pensar-se na validade dele, ou na sua eficácia, para que a obrigação do outro contraente se produza. Não se estabelece a sorte de um só lado; há com-sorte dos dois negócios jurídicos componentes do negócio jurídico bilateral.

A eficácia do contrato bilateral é tal que a cada um dos contraentes surgem o seu direito, a sua pretensão e as suas ações, ou exceções, como *o* seu dever, a sua obrigação e a sua situação passiva nas ações e exceções. Em conseq0ência disso, não há *dependência* de efeitos; noutros termos: o crédito (direito), a pretensão, a ação e a excecão de cada um se dirigem à prestação, e não só se o outro satisfaz a contraprestação, O nascimento do crédito não é dependente da contraprestação, nem, sequen o da pretensão, ou o da ação, ou o da exceção. O que não cumpre pode já ter pretensão, ação e exceção. Contrataram venda e compra A e E: o créaito, a pretensão e a ação do

comprador existem, ainda que não haja pago o preço por que a comprou.

Tal a sistemática do contrato bilateral (Heerwart, tiJber die *exceptio non adimpleti contractus, Archiu fúr die ciuilistische Praxis,* MIII, 335 S.; W. A. Puchta, Die *exceptio non adimpleti contractus, iahrbuch des gemeinen deutschen* Rechts, MI, 94 s.; E. 1. Belier, Zur Kontroverse Ober die *exceptio non adimpleti contractus, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* MI, 116 s.; H. Dernburg, *Ceschichte und Theorie der Compensation,* 2a ed., 63 s *.; E* Bernhõft, Beitrag zur Lehre vom Raufe, *iahrbúcher fúr die Dogmatik,* 14, 184 s *.:* 8, Windscheid, *Lehrbuch,* li, 9ª ed., 319 s *.;* MI. Puntschart. *Die fundamentalen Rechtsverhàltnisse,* 207 s *.;* R. Ryck, *Die Lehre von den Schuldverhàltnissen,* 315 s.). Só alguns velhos juristas discreparam, seguindo-se-lhes, principalmente, E. L. von Keller. Austausch der vertragsmássigen Leistungen, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* IV. 14 s., e O. Karlowa *(De natura atque índole ctvuXXéÍy~císo. 9* s.). Essa concepção da contraprestação como ligada ao conteúdo da prestação, da dependência por dentro, destoa da história, dos textos romanos, bem analisados por E. 1. Behl□er (MI, 120) e E. Windscheid (II, 319 s.). Não se diga, porém, como o último e como K. Art. von Vangerow *(Lehrbuch, ~~~,* 7ã ed., 286), que se trataria de questão puramente processual.

Resta saber se, extinguindo-se a obrigação de um dos contraentes (e.q., impossibilidade superveniente, sem culpa do devedor), a outra se extingue. Três atitudes tomaram os juristas: *a)* a da tese (dependência, porque haveria apenas dois lados da mesma obrigação); *b)* a da antítese (independência das obrigaçoes, que sao, pelo menos, duas); c) a da independência das duas (não essencial ao contrato bilateral), mas dependência do adimplemento se diferentemente não se dispôs. Por isso, o que pede a prestação não precisa alegar e provar, desde logo, que satisfez a pretensão do réu (contraprestação): esse não tem alegação contrá-

ria, isto é, defesa, em sentido estrito *(objeção);* tem apenas exceção, portanto há de alegar e provar a sua *exceptio non adimpleti contractus.* Se o réu não exerce o seu direito de exceção, há de ser condenado, se por tal não é julgada improcedente a ação. Tal proposição é de grande relevância nos casos de revelia. Se o contraente pode exercer a pretensão executiva, nem por isso se lhe há de exigir ter cumprido a sua obrigação: ao réu exercer *o* seu direito de exceção. No Código Civil brasileiro, a opinião de E. L. von Keller e de outros não teve acolhida: quando o art. 1.092, alínea E", diz — Nos contratos

bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro" — indiscutivelmente seguiu a linha histórica, que é a da *exceptio.*

A indenização por inadimplemento não se refere à diferença de valor. Pode ser, excepcionalmente, essa; sem que se possa presumir que tal se haja convencionado. Naturalmente, se o contraente retém a prestação, para que se lhe indenize da contraprestacão e anui em receber somente as perdas e danos, liquida a exrcução. a seu contento, ou, talvez, chegue à resolução do contrato, com essas perdas e danos.

5. *Dever de pré-adimplemento.* Nos contraentes bilaterais, a lei ou os contraentes podem ter determinado a quem caberia prestar primeiro. O ter de prestar primeiro suscita o *dever de pré-adimplemento* que resulta ou da lei, ou da natureza das relações jurídicas, e.g., na locação de serviços, na locação de coisas, na empreitada, ou de cláusula do negócio jurídico. Se nada se determinou, cada um dos contraentes pode exigir, desde logo, a prestacão. Ao outro exercer a *exceptio.* Tal *exceptio non adimpleti contractus* não se confunde com o direito de retenção que tem o devedor, se tem pretensão contra o credor, e há relação tal entre eles que seria contra a equidade que se exigisse a prestação do devedor sem a prestação do credor. Há problema técnico, a respeito do direito de retenção, que é o de se determinar qual a conexão suficiente. Naturalmente, o ser a mesma a relação jurídica basta; mas há conexões sem se tratar da mesma relação jurídica, quiçá sem se tratar do mesmo contrato. Assim, se estava na intenção dos contraentes, ou se tal conexão é a que a opinião do tráfico assentou, as pretensões oriundas de diferentes relações jurídicas, ou, até, de diferentes contratos, têm de ser tratadas como *de eficácia dependente.* A vida como que soldou os seus efeitos. Essa conexão não precisa ser alegada e provada a propósito dos contratos bilaterais, porque, a respeito desses, há a *excep tio non adimpleti contractus.* Foi E Schollmeyer *(Recht der Schuldverhàltnisse,* 88 s.), quem mais claro se pronunciou contra a assimilação da *exceptio non adimpleti contractus* ao direito de retenção (contra ele, sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 3V-35ª cd., 90). *§* 303. *Exccptio non adirnpletí contructits*

1.

Conteúdo do art. 1.092, alínea 1V. O art. 1.092. alínea lt contém a

exceção dilatória ao adimplemento: não se objeta àcausa, não se alega não existir o dever, ou a obrigação; exerce-se o direito de exceção, encobrindo-se a eficácia da pretensão do outro contraente, se já devia contraprestar. Não importa se a contraprestação teria de ser feita pelo que pede o adimplemento, ou por terceiro, ou se o réu cedeu os seus direitos (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 562).

Se o que pede o adimplemento já está em mora, porque lhe cabia o *dever de pré-adimplemento* (MIorleistungspflicht), é da exceção que há de lançar mão o contraente: não pode o juiz, de oficio, pronunciar-se sobre a infração do contrato (P. Oertmann. *Recht der Schuldverhàltnisse,* 132; E Schollmeyen *Recht der Schuldverhàltnisse,* II, *1, 4ª* cd., 358: 8. Matthiass, *Lehrbuch.* 216; P. Langheineken, *Anspruch und Em rede. 96).* Alguns juristas entendiam que não: o que devia o pré-adimplemento seria condenado a adimplir no momento da prestação do demandado, sem ser necessário exceção; ainda que não houvesse mora de receber *(mora accipiendi)* do demandado. No caso de *mora acczpiendi* do demandado, tal alegação é feita pelo demandante. a quem incumbe a prova, e o demandado pode negar e dar prova contrária, acompanhando da exceção a sua objeção. para o caso de ser essa procedente.

Sempre que há direito de retenção. há caucionabilidade para o

eliminar. A *exceptio non adimpleti*

contractus (salvo sob a espécie cautelar do art. 1.092. alínea 2ª) não é afastável pela caução: tem por fim evitar a inequidade de se não-contraprestar. a despeito de se exigir a prestação, — e não só *segurar* o credor devedor.

Se um dos credores demanda pela pretensão, tendo cumprido a sua obrigação parcial. pode o demandado exercer a *exceptio non adimpleti contractus.* Se o contrário se admitisse, o devedor poderia prestar em parte e exigir toda a contraprestação: *aliter.*

se há devedores *pro rata* e o demandado, que recebera a sua quota, tem de prestar a sua parte (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 31ª-35ª ed., 112; P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse* 184; porém contra, F.

Schollmeyer, *Recht der Schuldverhàltnisse* 188).

A exceção de inadimplemento do contrato é exceção, e não objeção. Assim no direito romano, no comum e no contemporâneo. Parece-se com a exceção de retenção (direito de retenção). Seria erro ter-se a uma como espécie da outra (sem razão, Heerwart, lliiJber die exceptio non adimpleti contractus *und* non rite adimpleti contractus, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* MIII, 342; cp. A. Patuschka, *Die Em rede des nicht erfúllten Vertrages,* 11).

Pode dar-se que o autor alegue a impossibilidade superveniente da prestação (art. 865, alínea 1ª, 866, 867, 869 e 879), mas entra em contradição consigo mesmo, porque alega resolução e pede o adimplemento.

Se o réu pode alegar a impossibilidade sem sua culpa, há resolução e não precisa excetuar (A. Patuschka, *Lhe Einrede des nicht erfúllten Vertrages,* 15).

2. *A exceção* non rite adimpleti contractus. A exceção de contrato bilateral inadimplido aparece, também, como *exceptio non rite adimpleti contractus,* se o credor que exige a prestação só contraprestou, ou só ofereceu a contraprestação, em parte, ou defeituosamente *(= e.g.,* não de acordo com os arts. 928-954 955-957, 959, 1 e II, 960, 961 e 963). Então, a *exceptio non (rite) adimpleti contractus* tem por fito que o credor complete ou corrija a contraprestação, de modo a ser satisfativa. Tal exceção de contraprestação, quantitativa ou qualitativamente incompleta, não pode ser conteúdo da excecão do art. 1.092, alínea 2t de jeito a recusar-se o devedor a prestar, por serem possíveis, ou prováveis, os defeitos ou insuficiência quantitativa da contraprestação a ser feita (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 563). Todo adimplemento que importa em violação do contrato (infração positiva) gera a exceção de adimplemento não satisfatório.

Discutiu-se no direito comum e ainda em nosso século se a *exceptio non rite adimpleti contractus* é a própria *exceptio non adimpleti contractus, ou* se é exceção diferente. Negaram que fosse exceção à parte 8.

Windscheid *(Lehrbuch,* II, 9ª ed., 322, nota 5) e outros, porque

adimplemento não satisfatório não éadimplemento. Contra isso, Er. André *(Die Em rede des nicht erfúllten Vertrags,* passim). Em verdade, meteram-se no conceito da exceção *non rUe adimpleti contractus* diferentes espécies; de modo nenhum é exceção diferente, — apenas alude às espécies em que houve algum adimplemento. Dizia Fr. André que aparece a diferença quando se chega ao momento de se saber a quem cabe o ônus da prova. Em todas as espécies, o autor tem de provar que adimpliu e é bastante a prova de que o demandado recebeu; mas, se o demandado recebeu com reserva, a *praesumptio facti* (do adimplemento satisfatório) não aparece. Não há pensar-se, portanto, em diferença quanto ao ônus da prova. Nem o Código Civil criou exceção à parte; a exceção *non rite adimpleti contractus* também se funda no art. 1.092, alínea 1ª (cl. K. Schefold, *Der gegenseitige Vertrag,* 18): o adimplemento há de ser quantitativa, qualitativa, temporalmente e espacialmente satisfatório (arts. 950-954 e 1.056).

3. *Princípio da co-pontualidade.* Segundo o *princípio do adimplemento co-exato* ou *princípio da co-pontualidade,* quem não prestou o que devia não pode exigir. O que não pôde executar, ou não no quis, não pode exercer a pretensão à prestação que se lhe deve, iã ele tem crédito, pretensão e ação; a exceção de inadimplido contrato encobre-lhe a eficácia da pretensão toda, portanto da ação. Naturalmente, supõe-se a *possibilidade da presta çáo.* Se a prestação só é possível em parte, regem os arts. 866 e 867, 876, 879 e 882.

Se a prestação de coisa certa se tornou impossível no todo, sem culpa do devedor, dá-se a resolução do contrato (art. 865, alínea 1ª); se é culpado o devedor, pode o credor exigir indenização total, contraprestando (art. 865, alínea 2ª); ou pedir a resolução do contrato (art. 1.092, parágrafo único), inclusive se já prestou, de acordo com as regras do enriquecimento injustificado. Se o devedor cuja prestação se impossibilitou por sua culpa não pode indenizar, ou se, tendo recebido a contraprestação, pode restitui-la, tendo havido, ou não, culpa sua, e não pode indenizar, cabe, ali a resolução e aqui a resolução com a restituicão. Nas obrigações de dar coisa indicada pelo gênero ou qualidade. os principios são os mesmos; bem assim nas obrigações de fazer ou de não-fazer

4. Recusa da contraprestação. O que recusou, com razão, ou sem ela, a contraprestação, pode exercer a *exceptio non adimpleti contractus;* o juiz acolhe-a, se com razão se recusou a contraprestação, e se não cabe

purga da mora. O que estava em mora ao nascer a sua contrapretensão, pode, purgando a mora, eficazmente exercer a *exceptio non adimpleti contractus.* O que estava em mora de receber, se não purgou a mora, pode exercê-la, entendendo-se que o seu exercicio envolve o de purga.

Se a contrapretensão *prescrevera,* pode opor a exceção o demandado, *ainda* que. ao tempo da propositura da ação, já estivesse prescrita a contrapretensão (sem razão, P. Oertmann. *Recht der ScI-iuldverhàltnisse,* 92 5.; G. Planck. II, 1, *4ª* ed.. 170; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* II, *1, V* cd.. 145, nota 7; E Endemann. *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 712. nota 17; P. Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 330; com razão: E Schollmeyer. *Recht der Schuldverhàltnisse,* 90: 1-1. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* II, 91).

Tem-se de partir do enunciado de que a *presença* ou *existência presente* do direito de exceção de não adimplemento não basta para pré-excluir a mora, ou o inicio da prescrição: é preciso o exercício dela, que opera, então, desde o seu nascimento; mas advertindo-se em que o encobrimento da pretensão ou da pretensão e da ação do demandado pela prescrição não lhe encobre o que não é eficácia de ação ou de pretensao: a exceção *non adimpleti contractus* fica.

A questão de se saber se o sócio pode opor à *actio pra socio* a exceção *non adimpleti contractus* não foi resolvida pelas fontes romanas, nem pela legislação posterior Negava-o 1 E. Kuntze, em nota a R. von Holzschuher *(theorie und Kasuistik.* III, 35 cd., 33), porque não há equivalência entre as prestações, por se tratar de resultado comum. Para H. Staub *(Kommen ter zum Handelsgesetzbuch,6ª,7ª* cd., 188), nenhuma aplicação tem a exceção. B. Windscheid *(Lehrhuch, ~* 9ª cd.. 777) repeliu a opinião de II. E. Kuntze. Porém ainda entre os que reconhecem a bilateralidade do contrato social a disputa continuou sobre o que se há de considerar como equivalente *(e.g.*. a entrada ou o ganho). Se só se vê a equivalência do ganho, não há pensar-se em exceção non *adimpleti contractus* quanto à entrada prometida (A. Brinz, *Lehrbuch,* 1, 468).

1W. Mommsen (Me *Unmõglichkeit der Leistung,* 408). R. Loewy *(Die Unmáglichkeit der Leistung,* 113) e E. Schmidt *(Die Gesellschaft,* 20).

Em verdade, qualquer sócio pode exigir que outro preste *o* que prometeu para a sociedade (P. Knoke, *Das Recht der Gesellschaft,* 43; M. Eschelbacher, *Das Recht auf die Geselischafts-Einlagen,* 21) e daí se

ter concluído, acertadamente, que a exceçao de inadimplemento contratual pode ser exercida (sem razão, Th.

Kipp, em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9ª cd., 784 s.. e E. Schollmever, *Das Recht der einzelnen Schuldverhà!tnisse,* 147). O crédito, se a sociedade se personificou. é dela, e não dos sócios. Se os sócios têm, por lei *(lex specialis)* ou pelos estatutos, direito a pedir que os faltosos entrem com o que prometeram, tal legitimação é processual. ou, se é de direito material, não torna o figurante do ato social, que está superado no que foi contrato bilateral. Cada sócio tem de prestar ainda que nenhum outro haja prestado; se houve impossibilidade de prestar por parte de alguém, já escapa à nulidade o contrato social, O

crédito de entradas dos sócios compete ao conjunto deles. antes da personificação da sociedade. Se a sociedade é de dois sócios só, seria absurdo pré-excluir-se a legitimação à exceção *non adimpleti contractus:* bem assim, do restante ou dos restantes contra os faltosos. Se um deles, ou alguns deles foram incumbidos da cobrança, não se pode, *a prio ri,* negar a exceção se o incumbido prestou e os outros ou alguns não prestaram (sem razão, P. Knoke, *Das Recht der Gesellschaft,* 42 s.). Depois da personificação, a exceção teria de ir contra a sociedade, o que não se explicaria.

5. *Exceção dilatória.* A exceção *non adimpleti contractus,* portanto também a espécie exceção *non rite adimpleti contractus.* é por sua natureza exceção dilatória (art. 1.092, alínea 1ª). No direito comum, discutiu-se isso, mas as divergências resultavam de imprecisão do conceito por parte de alguns juristas. Como a alegação de não poder o autor prestar por culpa sua (arts. 865, alinea 2e. 866, 867, 870 e 882), tinha eficácia peremptória, entendeu-se que a exceção *non adimpleti contractus* seria, ai, exceção peremptória. O erro ressalta. A alegação de impossibilidade superveniente não é exceção; é defesa, ou a impossibilidade superveniente dá lugar a ações de indenização, se culpado o devedor (arts. 865, alínea 2e, 867, 870, 871, 879. 880

e 887), ou a ação de resolução (art. 866). ou a resolução ipso iure (arts. 869 e 879). Se o demandado opóe a exceção *non adimpleti contractus,* o autor pode defender-se com a alegação de ter havido impossibilitação da prestação, sem culpa sua, mas isso é retirar a ação de condenação. Se é o próprio demandado que alega a impossibilitação da prestação do autor, não excepciona, — defende-se, com objeção. Não há, então, exceção *non adimpleti contractus,* que é

menos (sem razão, Ei. André. *Lhe Finrede des nicht erfúllten Vertrags.* 163

s.).

§ 304. Excecão do art. 1.092, alínea 2ª

1.

Pretensão à segurança, em caso de perigar o adimplemento. O que tem de prestar antes de outrem não poderia ser titular da *exceptio non adimpleti contractus,* para se recusar à prestação, salvo se ambos os créditos já se venceram; mas, se periga a execução da obrigação de contraprestar. o que tem dever de pré-

adimplemento nem por isso se queda indefeso quanto ao futuro. Certo, não poderia pedir antecipadamente; mas pode pedir a cauçao. a segurança para a contraprestação, pois que tem de prestar A ação de caução, que se lhe dá, é a que deriva de *pretensão à segurança,* que o art. 1.092. alínea 2ª, lhe reconhecc. A tal ação corresponde exceção, pois o devedor, com o dever de pré-adimplir. pode recusar a prestação, até que o outro contraente satislaca a sua obrigação, ou dê garantia. Se se vence a dívida do que tem de pré-adimplir e houve *mora accipiendi* do outro contraente, pode aquele pedir a prestação. Entende-se que o demandado tem de receber e prestar.

2.

Abrangéncia do art. 1.092, alínea 2e. Diz o art. 1.092. alínea 2ª Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la." Não se exige que ocorra estado de insolvência, ou de falência; basta que tenha havido baixa de nível do ativo patrimonial que comprometa a solvabilidade futura *(=* torne certa a não-prestação, ou não-provável, ou igualmente provável, a prestação). Tornar duvidosa a prestação étornar provável, a despeito de ser mais ou tão provável o poder prestar, que o devedor não poderá, no futuro,

prestar. Somente não cabe a exigência de caução ou a exceção se não é provável — com os dados do momento — que o devedor venha a faltar à prestação. O ônus de alegar e provar que algum ato ou fato comprometeu a prestação, ou tornou duvidoso poder fazê-la, incumbe ao que exige a caução ou opõe a exceção.

§ 305. Conceito de distrato

1. *Conceito.* Distrato (distrate, ou destrato) é o *contrarius consensus,* não *mutuus dissensus,* palavras, todas elas, que se referem ao suporte fático; de modo que. se vemos o distrato como negócio jurídico, que destrata, há a elipse do adjetivo juridico", que lhe daria a coloracão de suporte fático que entrou no mundo jurídico. Passou-se o mesmo com *contractus.* contrato. Assim, ao falarmos de distrato, é do negócio jurídico, e não do suporte fático que havemos de cogitar.

Na doutrina, há *a)* quem veja no distrato supressão do elemento volitivo do suporte fático, portanto queda desse, que sai, *ex tunc,* do mundo jurídico, em verdadeira *revocatio, b)* quem pense em pós-ablação da *causa,* c) quem pense em contrato (dis-contrato), que tem a eficácia de retirar qualquer eficácia ao anterior, ou até. *d)* a sua existência. Em c) e *d),* tudo se passa *por cima* do contrato anterior, embora lhe tire a eficácia ou a existência (reversivelmente), em vez de ser *por baixo* do contrato, no plano do mundo fático. Se há desfazimento, de modo que a nova vontade elide a vontade anterior, como *contraria voluntas.* ou se há eficá-

cia que desfaz eficácia, assaz importa. conceptual e praticamente.

Segundo o direito romano, os contratos consensuais podiam ser distratados, se ainda não se havia exeqaido alguma prestação, ou (por sugestão de Aristo) se já se havia restituído tudo que fora prestado (L. 5,

§ 1, L. 2 e L. 3, D., *de rescindenda venditione,* 18, 5; L. 2, C., *quando liceat ab emptione discedere, 4,* 45; L.

58, D., *de pactis.* 2, 14). Dissolvia-se o contrato: *dissolvitur, dissolvi,* dizem os textos. *Recedi possit,* diz na L. 58, D. *de pactis,* 2. 14. Volta-se atrás, dissolve-se: não se revoga. *Discederetur (ab eo negotio).* Os

distraentes afastavam-se do negócio: não iam, dentro dele, destruí-lo. *Cedo* está em *recedo* e em *discedo:* e cedo é ato, não é voz; o distrato é *contra nus actus.* O testamento revoga-se; revoga-se a doação. Outra coisa é distratar

2.

Teorias sobre a natureza do dist rato. Ao *contrarius consensus* emprestou K. R. von Czyhlarz *(Zur Lebre von der Resolutivbedingung,* 31 s.) a eficácia de destruir o contrato mesmo, sendo-lhe imanente a retro-eficácia, no que se distinguiria da *nexi liberatio,* da *solutio* e da *acceptilatio.* Já B. W. Leist *((ter die Wechselbeziebung,* 18 s.) o fazia ir até a vontade anterior dos figurantes. portanto ao suporte fático. com o caráter de arrependimento (aliás, um tanto diferente. 29). Enquanto A. Bechmann *(Der Kauf.* 1. 470 s.) pensou em remissão bilateral; bem assim, B. Matthiass *(Lehrbuch.* 415), E. Schollmeyer *{Recht der Scbuldverhàltnisse.* 353), E. Landsberg *(Das Recht des BGB,* 369) e E. Eck *(Vortràge.*

341). O *contranius consensus* não é remissão bilateral: teria eficácia real, porém não *ex tunc;* e tem ele eficácia *ex tunc,* porém não real. Na remissão bilateral, não há unitariedade do contrato, o que há no *contrarius consensus.* Dai terem os juristas rumado

r

para a corrente que os tem por inconfundíveis (C. Crome. *Sys tem,* 311: J. Demelius, *Zur Lebre von der Aufbebung.* 54s.; Stern, *Der contrarius consensus,* 22 ***5.;*** por ter mudado de opinião, P. Oertmann. *Recht der Schuldverhàltnisse.* 212 s., contra a 1ªA ed.

No Brasil, não há discutir-se se o instituto do distrato existe à parte: o art. 1.093, la parte, refere-se a ele. A prática introduziu, há séculos, o *contranius consensus,* ainda *re secuta;* donde ter-se tido de distinguir dele a remissão. Se há quem sustente não se pode falar de distrato se algo se adimpliu, por parte de um dos contraentes, ou de mais de um, ou de todos (Stern, *Der contrarius consen sus.* 39), é porque não atende à eficácia imediata, que há na remissão, e na eficácia mediata do distrato: aquela atinge a eficácia do negócio jurídico a que se refere, porque a apaga, diretamente; essa só a atinge indiretamente, não porque elimine a causa (P. Oertmann, *Recht der Scbuldverbàltnisse.* 213; G. Happek, Wesen und Bedeutung des *contrarius consensus, Archiv fOr Búrgenliches Recbt,* 35, 422), mas sim porque se trata de eliminação do *dever* de prestação. Dever é efeito, como direito pretensão, obrigação, ação e exceção.

Se todas as prestações foram cumpridas, solve-se a relação jurídica: nada mais resta. A eficácia existiu, foi eliminada; uma vez que se aprecia em relação ao que se produziu, pode ter cessado a causa. Quem comprou e pagou todo o preço. recebendo o que comprara. nada mais pode reclamar; nem dele se há de reclamar. Se pagou parte, recebendo, ou não, a coisa, ou parte dela, não pode reclamar, nem dele se há de reclamar o que foi prestado. Mas, se houve distrato, a eficácia desaparece, a prestação torna-se sem justificação e ocorre enriquecimento injustificado (P. Oertmann. Die Bedeutung der Rúcktrittserklãrung, *Seufferts Blàtter,* 69, 75): surge a *condictio ob causam finitam.* Se, em vez de distrato, se deixa ficar como está a situação, sem se ir à causa, ou até o mínimo efeito, a mudança de vontade solve o contrato, *ex nunc.*

pondo-se em lugar do pagamento negócio jurídico abstrato de prestação. Para o distrato não mais importa que todo o contrato seja executado, pode ser *re secuta.* Para a remissão, de modo nenhum: não seria possível qualquer eficácia imediata, —seria contra o nada.

Em verdade, o distrato não desce ao suporte fático: destrói a eficácia do contrato ou de outro negócio jurídico que se distrata, razão por que ficam incólumes os direitos constituídos a favor de terceiros. O que cessa, *ex tunc,* são os direitos e as dívidas, as pretensões e obrigações, as ações; não o negócio jurídico mesmo. *Totam obbgationem tollit* o distrato, como se dá na novação (1 Demelius, *Zur Lebre von der Aufhebung der Rechtsverhàltnisse,* 19). Em todo o caso, a doutrina continuou de pesquisar, e a teoria que vira no distrato ablação da causa, de certo modo reviveu a teoria da operação no suporte fático, razão para que insistamos em discutir a questão, tanto mais quanto a solução, que se adotasse, repercutiria em todo o direito.

Se há solidariedade de devedores, ou de credores, o distrato exige que todos nele figurem.

3.

Negócios jurídicos distratáveis. Toda relação jurídica pode. nos limites da autonomia da vontade (auto-regramento), ser desfeita, dissolvida, por distrato, Não só a relação jurídica oriunda de contrato. No direito moderno, pode-se distratar qualquer contrato, e até negócio jurídico não-contratual: se real, ou se já se prestou em virtude de contrato consensual. nem por isso se veda *o* distrato. E efeito do novo contrato a ação para se repetir a coisa, eliminando-se a eficácia do negócio jurídico distratado. A exigência de não se ter ainda adimplido, ou começado de adimplir o primeiro contrato *(rebus adhuc integris, re nondum secuta)* desapareceu. A meio caminho estivera a técnica de evitar a dificuldade, restituindo-se, de antemão, o que se recebera (L. 58, D.. *de pactis,* 2, 14).

Se todas as prestações foram cumpridas, não mais se pode falar de *contrarius consensus.* O

adimplemento exauriu toda a eficácia do contrato; não se pode descer ao cerne. em reversão total. Idem, se todos os direitos e deveres se extinguiram por outra razao. Se A vendeu a casa a B, foi feito o registro. e A recebeu o preço, não pode haver distrato do contrato de venda e compra, mas sim outro contrato, ainda que o preço seja *o* mesmo e se restituam despesas. O distrato do contrato entre A, vendedor, e B comprador não é venda e compra inversa; nem retrovenda. Por isso mesmo, B não tem de garantir a A: assim, os arts. 1.101-1.106. 1.107-1.117 não incidem.

§ 306. Forma do distrato

1.

Princípio de simetria. Diz o art. 1.093, 1ª parte: " distrato faz-se pela mesma forma que o contrato." Se atendemos à regra jurídica, temos: o *contrarius consensus* é relativamente formal, há de ter a forma que o *consensus* teve: a fonºa com que se contrata é a forma com que se pode clistratar: o distrato, ou *contrarius consensus,* em que se não seguiu a forma do contrato, entra no mundo jurídico, mas é *nulo* (arts. 82. 130 e 145, III). Não é inexistente, como o cheque que não tem o nome „cheque".

O direito brasileiro mantém o princípio de simetria formal, ou da oportunidade da correspondência das formas (cf. 8. W. Leist, *(ter die Wechselbeziehung zuhschen deu Rechtsbegrúndungs- und Recbtsaufhebungsakten.* 6s.; A. Bechmann, *Der KauJ,* II, 470). Razão bastante para se não importarem considerações próprias a outros sistemas.

2. *Distrato e forma.* Alguns sistemas jurídicos têm por aformal o distrato (e.g.. direito suiça, analogia com o art. 115 do Código suíço das Obrigações) e admitem o distrato tácito. No direito brasileiro, só a forma pela qual se compôs o negócio jurídico a distratar-se é que importa; porém havemos de entender que o princípio é de mínimo: a mesma forma: ou outra mais rica em força probante. O negócio jurídico feito por instrumento particular pode ser distratado por escritura pública. O negócio jurídico por manifestação oral ou tácita de vontade pelo mesmo modo, ou por escrito.

3.

Erros doutrinários. O que se escreveu, entre nós, sobre distrato é lamentável. Por exemplo, M. 1.

Carvalho de Mendonça *(Doutrina* e *Prática,* II, 283) entendia que os efeitos do distrato são so *ex nunc,* quer em relação aos contraentes

quer em relação a terceiros. O direito fiscal levou-o a isso, como a outros juristas.

Clovis Eevilacqua *(Código Civil Comentado.* IMI, 260) procurava distingui-lo do *mutuus dissensus,* a que chamou *dissenso (?!).* Não disse por que o fazia. Ora, distrato dissenso é, se dissenso é *mutuus dissensus,* que os intérpretes às vezes substituiram a *contrarius consensus.* Em sentido próprio, dissenso é falta de concordãncia, elemento fático, e dele já se tratou. O distrato pode ser extintivo; pode ser modificativo, o que há de ocorrer se a prestação é duradoura e começara a ser prestada. Foi Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* 3ª cd., nota 47 ao art. 370) quem procurou distinguir com os nomes de *dissenso* e *distrato* o distrato e a alteração do contrato. Lacerda de Almeida *(Obrigaçoes,* 412) recebeu-o e influiu nos demais.

Teixeira de Freitas escreveu: *Distrato* ou *distrate* é a dissolução do contrato, em descontinuidade de efeitos, por novo contrato entre as mesmas partes; e não se confunda com *dissenso,* nem com *mútuo dissenso.* O

dissenso é o arrependimento de uma só das partes contratantes, estando o caso *re integra,* isto é, antes de qualquer execução do contrato. O *mútuo dissenso* é, nesse estado dos contratos, por ora *in mente,* o dissenso aceito pela outra parte." Nenhuma base tinha para escrever isso. *Dissensus* é o dissentimento, a discordância.

A expressão *mutuus dissensus* é estranha ás fontes. O *contrarius consensus* era o negócio jurídico extíntivo, só admitido, no direito romano, *re integra,* ou se — com a técnica de Aristo, de que Nerácio deu noticia, na L. 58, D., *de pactis,* 2. 14 — restituidas, antes, as prestações. O direito moderno admitiu o distrato *re secuta.*

donde se dispensar o expediente de Aristo. A distincão terminológica de Teixeira de Freitas foi sem apoio em lei, em ciência histórica e em doutrina. Ou há o *contrarius consensus,* que atinge a eficácia do contrato.

ex tunc, ainda que *re secuta;* ou há a remissão, que apanha a eficácia do contrato em curso: e opera *ex nunc;* ou a denúncia, que apanha a eficácia do contrato, *ex nunc;* ou a resolução, que desfaz o contrato mesmo, *ex tunc,* ou a resilição. que o desfaz *ex nunc.*

Distinção quanto a outros institutos. O *contrarius consensus* é inconfundível com a remissão e com o *pactum de non petendo* No distrato, o contrato, que se conclui, tem no suporte fático acordo de vontades contrárias àquelas que estavam no negócio jurídico que se distrata: ao passo que. na remissão, se solve (não se dissolve) e. no pacto *de non peten do.* só se consente em não se pedir, sem se dissolver e sem se solver. O

pacto *de non petendo* é criação do direito justinianeu; o *contrarius consensus* vem do velho direito. O

distrato apaga os efeitos *in radice* (o que alguns confundem com apagar a existência); a remissão, de modo nenhum, se bem que distrato de negócio jurídico de prestação duradoura (e.g., locação) equivalha a denúncia e se aproxime da remissao.

A resolução muito se parece com o distrato. Mas a resolução é unilateral, independente de qualquer aceitação. A resolução e o distrato têm de comum que apagam todos os efeitos, — o distrato, por ir subtrair a eficácia do negócio jurídico anterior (B-B), e a resolução, por atingir a eficácia mesma do negócio jurídico, igualando B a O (zero). não por *solução,* mas pelo fato de re-solvêlo. que é solvê-lo à base, *ex tunc* (resolução senso estrito), ou *ex nunc* (resilíção).

Os que distratam atendem a conveniências próprias, talvez por supervenientes razões. Nada tem o dístrato com a resolução, que resulta de vontade unilateral; nem há retratação (distratar não é retratar-se). O

que se elimina é a eficácia do negócio jurídico.

O distrato não se *confunde com o negócio jurídico de reconhecimento negativo,* embora também esse seja constitutivo; e ambos se distingam do *negócio jurídico declarativo negativo,* ainda quando esse somente se refira à parte do negócio jurídico declarado. O distrato há de ter conteúdo igual e contrário ao negócio jurídico que se distrata.

§ 307. Acão de restituição, se o dístrato *foi re secuta*

1.

Qual *a espécie de ação de restituição se houve distrato* re secuta. da ação de restituição é a de enriquecimento injustificado,ou a do distrato mesmo, ou há ambas, com caráter subsidiário essa? Se a eficácia do distrato atinge o suporte fático, ou a *causa,* a ação é a de restituição *oh causam finitam.* Não se dá o mesmo se o distrato só se passa no plano da eficácia, — a causa não foi atingida; a ação é a do distrato.

Mas há terceira solução: o distrato vai contra os efeitos e atinge a causa: o credor teria a escolha (cp. R.

Plessen. *Die Grundíage der modernen* condictio, 60; E. Jung. *Die Bereicherungsansprîiche,* 42; W. Fúrle.

Rúcktrittsrecht und condictio, 33). A questão é ligada à operação que se passa com o distrato, no plano da eficácia: *o* distrato dissolve, não resolve, nem solve; não torna B = zero, enuncia B — B, a cujo momento M

corresponde a ação do contrato, e leva a zero, póspropositionairnente, e ao momento M corresponde a ação de enriquecimento. Se o contraente. que prestou, pede a prestação, alegando B — B. exerce a ação do distrato; se pede a prestação, alegando B = zero, deixou atrás o momento M, e nada pode exigir sem ser segundo os arts. 964-971, principios que nem sempre coincidem com os que regem a pretensão contratual (aí, dístratual) à restituição. Por aí se vê quão falsa é a teoria da subsidiariedade da ação de enriquecimento justificado, que só a admite se falta outra ação.

No direito romano, não se pôs o problema da retribuicão porque se exigia que o distrato fosse re *integra,* ou, pelo menos, observado o expediente de Aristo, de que falou Nerácio.

2. *Dever de restituição.* Para que haja dever de restituicão não é preciso que haja referência a isso. O distrato produ-lo. O contraente-distraente tem ação de repetição pela *causa finita,* se algo prestara *(contrarius consensus re secuta).* Se. no distrato, se intercalou cláusula sobre não-restituiçao. e em virtude dessa nova causa, que se não repete.

Por onde se torna claro que o distrato é instituto

ineliminável,cientificamente. Se o sistema jurídico se refere, explicitamente, a ele, ou se a ele não se refere explicitamente, não importa. O sistema jurídico brasileiro contém referência explícita.

Capítulo XV

Representação

§ 308. Conceito de representação

1.

Presentação e representação. De ordinário, nos atos da vida, cada um pratica, por si. os atos que hão de influir, ativa ou passivamente, na sua esfera juridica. Os efeitos resultam de atos em que o agente é *presente;* pois que os pratica, por ato positivo ou negativo. A regra é a presentação, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém *representa.*

Representar, como termo jurídico, vem do século XIII; como de teatro, é posterior; mais recente ainda, como termo político. O direito romano não conhecia representação: havia a *potestas,* havia a *auctoritatis interpositio,* havia a *negotiorum gestio;* o tutor não representava, os seus atos eram em nome próprio, era ele que adquiria, que se tornava credor; precisava-se do escravo, do pupilo, para se adquirir, o que somente podia ocorrer se o ato não havia de ser pessoal e se não empobrecia a pessoa. Só no direito imperial é que se esboça algo de representativo.

Nos atos do filho, ou do servo, pelo pai, ou pelo dono, não havia representação, no sentido de hoje (P.

Hertz, *Der Rechtscharakter der k/ertretung,* 16 ***5.;*** sem razão, L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung,* 19; **ri.** Unger. *System.* II, 134: E. Múnzer, *Welche Folgen hat em Irrtum des Stellvertreters,* 9).

O direito germânico não teve a representação. A vida, sem grandes distâncias, dos antigos povos romanos satisfazia-se com a presença do figurante; donde o *per liberam personam adquiri nobis non potest;* não foi a tutela da liberdade que sugeriu a regra (sem razão, 5. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Drit te,* nem se pode crer com L. Mitteis *(Rámisches Privatrecht,* 1, 204). que fosse resultante do estrito formalismo antigo.

Falta qualquer prova que simplifique a esse ponto a causação.

Na L. *53.* D., *de adcjuirendo rerum dominio,* 41 idiz Pompônio (no texto, está Modestino. mas foi erro dos redatores do Digesto) que as coisas adquiriveis civilmente adquirimos por meio dos que estão sob nosso poder, e o que se adquire naturalmente, querendo nós possuilas, por meio de quem quer que seja *(per quem Iibet).* Daí tentou E von Savigny *(Das Obligationenrecht,* II, 21 s.) tirar que se admitiu a representação nos negócios jurídicos não formais: mas é bem de ver-se que outro foi o pensamento de Pompônio: somente distinguiu os direitos e fatos como a posse *(sicuti possessio):* cf. L. 49, D.. *de verborum significatione,* 50, 16.

Quando já se podem ver casos de representação, não bastam à formulação de regra exceptiva; nem as expressões nomine alicuius agere e nomine‟ servem a distinguir-se da chamada representação indireta ou mediata a representação direta ou imediata (5.

Schlossmann, *Der Besitzerverb durch Dritte,* 31 s.;

Persona und, ~rpoconroy 46; L. Wenger. *Die Stelluertretung im Rechte der Papyri,* 223 sã. No direito do Egito, é indiscutível que se introduziu a representação, sob os Tolomeus, — o que L. Wenger atribuiu à falta de escravidão: tinha-se de recorrer aos homens livres e lá se foi a regra de que “per liberam personam non adquiritur”, ou “per extraneam (liberam) personam nobis adquiri non potest‟, ou „per liberos homines nuíla ex causa nobis acquiri posse”. Papiniano, por influência grega. introduziu no direito romano o que hoje chamamos *quasi institoria,* que tornou responsável o representado perante o terceiro, portanto também o dono do negócio, em caso de advir ratificação da gestão de negócios.

(A representação encontra-se em todo o direito, exceto o penal. Quanto à capacidade de ser sujeito ativo do crime a pessoa jurídica. em vez de serem os seus órgãos, a discussão é estranha ao nosso

assunto. O ato das pessoas jurídicas pode ser ilícito civil. ou público não-penal, absoluto ou relativo. Quanto a poder ser ilícito penal, não há principio *a priori* que o pré-exclua; é questão *de iure condendo.)* Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato. que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação. mas presentação. O ato do órgão não entra, no mundo juridico, como ato da pessoa. que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgâo. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgáo é ato seu. Ainda há presentação, e não representação, conforme já aprofundamos no Tomo 1. se a pessoa física ou o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, através de mensageiro ou de aparelho automático. Cf. *§§* 75, nº 3 e 4, 89 e 311, nº 12.

O pagamento é ato-fato jurídico. Não se precisa de outorga de poder de representação para que alguém efetue pagamento que outrem devia efetuar (outrem. devedor ou terceiro, arts. 930 e 931). O terceiro, que paga, sem ser interessado, e o faz em nome e por conta do devedor", não representa. — é núncio, ou órgão.

Se representa. tal representação é *plus.* elemento supérfluo. O banco que paga a dívida do cliente, por ordem desse, adimple a ordem de pagamento; não representa o cliente, salvo se tem de assinar por ele a quitação.

Não há representação para especificar: nem para tomar posse de coisa, nem para fazer livro, estátua, ou pintar quadro, nem achar coisa perdida: nem para abandonar posse; nem para abandonar propriedade imobiliária.

2. *Representação e pessoas.* Não há representação sem haver *pessoa* que se represente e pessoa que represente. Se a lei protege os interesses de pessoa futura. tem de lançar mão da representação legal. como expediente técnico (arts. 4t 2ª parte. e 462). Não há representação da pessoa do defunto; tal erro grosseiro da doutrina francesa e italiana (e.g.. Aubrv e Rau, *Cours,* IX, 50 ed., 373 e 394; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* MII, *4,* 6ª ed., 3 s.;E. Gianturco, *Sistema,* 1, 271 e 284; L. Mattirolo, *Trattato.*

4ª cd., MI, 91) foi repelido (N. Covíeilo, *Corso completo dei Diritto deite Successioni,* 20 ed., 1, 8-11, 293

5.; P. Bonfante. II concetto dommatico delIereditá, *Scritti giuridici varii,* 1, 158 s.; Giovene. *Ii Negozio giuridico rispetto ai terzi,* 24). Tampouco

há representação no condomínio (arts. 634 e 623). Exceto se algum dos condôminos estiver a administrar sem oposição dos outros: aqui, o direito brasileiro e o argentino se distinguem dos outros, por influência de Teixeira de Freitas, *Esboço,* art. 4.358, que o chamava *gestor oficioso;* razão por que devemos ter todo o cuidado em leituras de livros estrangeiros. Por exemplo, ao se examinar a argumentação de MIittorio Neppi *(La Rappresentanza.* 57 e 263 s.). Nem há representação entre devedores solidários, como pareceu a alguns juristas italianos e franceses, como E. PacificiMazzoni *(Istituzioni,* IMI, 5ª ed., 61 e 65) e a M. Planiol *(Traité élémentaire,* li. 10~ cd., 252). Nem há representação nas espécies do art. 1.521, fantasia de G. P. Chironi *(La Coipa nei Diritto civile odierno,* 1, 2ª cd., 370 s.; cp.

MI. Scialoja, *Lezioni* sui *Negozi giuridici,* 42 e 47 s., e Cano Fadda, *Parte generale dei corso di Diritto romano,* 171). Nem há representação no contrato a favor de terceiro, como pensava C. Demolombe *(Cours,* 12, *1,* 81).

Quando a lei faz nascer de negócio jurídico efeito *reflexo* a favor de terceiro, *e.g.,* se o usufrutuário, ou o fiduciário, cobra o crédito, não há qualquer representação. Tampouco há representação: se o marido, ou a mulher, sob o regime da comunhão de bens, adquire; se o co-herdeiro, com o dinheiro da herança, adquire bens, ou vende bens da herança, recebendo o preço; se o *solutionis causa adiectus* recebe a prestação, pois recebe por conta do credon porém não em nome dele.

Nas estipulações a favor de terceiro, não há representação. Por elas, apenas alguns efeitos do negócio jurídico são a favor do terceiro e o estipulante assume os deveres e obrigações. O negócio jurídico é em nome próprio; o terceiro somente recebe direitos (efeitos): não é figurante; é, precisamente, *terceiro* favorecido, ainda quando se subordina tal direito a algum ato ou fato, inclusive contraprestação. porque aí já se está no plano da eficácia. Se tal contraprestação é no plano de existência do negócio jurídico. estipulação a favor de terceiro não há, há negócio jurídico oneroso com A, que deixa de ser terceiro, para ser figurante.

representado por alguém. (Abstraia-se do que se pode passar *sob* o negócio jurídico cm que se faz a estipulação a favor de terceiro; *e.g.,* se A, que tem dinheiro de C, compra a casa de 8, estipulan do a favor de C. Devido ao negócio jurídico subjacente, a gratuidade da estipulação é *por cima* da realidade, pois A tem o preço consigo. Tais negócios jurídicos servem a A e C se há dificuldade em apresentar A a

procuração de C.)

3.

Precisões quanto ao conceito de representação. No direito contemporáneo, tanto se precisou o conceito de representação dos absolutamente incapazes e de representação das próprias pessoas capazes, que se encontram, a cada passo, nos fatos da vida, titulares do pátrio poder, tutores, curadores, representantes (em senso estrito), mandatários, prepostos, que concluem negócios jurídicos, ou atos jurídicos *stricto* sensu, na qualidade de representantes. Representação é o ato de manifestar vontade, ou de manifestar ou comunicar conhecimento, ou sentimento, ou de receber a manifestação, ou comunicação, por outrem (representado), que passa a ser o *figurante* e em cuja esfera jurídica entram os efeitos do ato jurídico, que se produz. Estão fora desse conceito o conceito de representação política, o de representação teatral (Lei nº 9.610. de 19 de fevereiro de 1998, arts. 46, MII, 68, *§* 1ª, 69, 70, 71, 72, 74 e 75, *e.g.),* o de representação na herança (arts.

1.620-1.625) e outros menos próximos ao sentido que tem a palavra representação nos arts. 384. MI, 388, III, 426. 1. e 476. Se o ato é de ejeção (criação, ou emissão), diz-se que há representação ativa: se de recepção, diz-se que há representação passiva. Na representação ativa, o representante tem de praticar o ato por sua própria vontade, o que limita o conceito de representação às espécies em que o ato entra no mundo jurídico como negócio jurídico ou como ato jurídico *stricto sensu.*

Para que haja representação, é preciso que seja figurante no negócio jurídico, ou no ato jurídico *stricto sensu,* quem não está, juridicamente, presente, em vez de o ser aquele que está presente *(=* representa). Os juristas costumam dizer que os efeitos se hão de produzir na esfera jurídica de A (representado), em vez de se produzirem na esfera de B(representante); porém isso é conseqüência, não razão de definir-se, e há efeitos na esfera jurídica de outrem sem que se dê representação. A definição afasta que se acolha corno representação a chamada representação mediata",

de que adiante falaremos. Se A não figura, e sim B. que tem o dever de transferir a A o que adquira, bem como os deveres oriundos do

negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu.* não **há,** em verdade, representação. Só se dá representação se no suporte fático do ato jurídico, antes de se jurídícízar tal suporte fático. há ato de B. em lugar de A, tornando a esse um dos figurantes, de jeito que a eficácia atinja a esse. Se, na procuração de A, por exemplo, há mandatários sucessivos, o que funcione representa a A: idem. se o mandatário, com poder de substabelecer, substabelece os poderes. Mas, se B. em vez de representar a A, ou de substabelecer os poderes de representação, constitui procurador, quem o substitui representa a B. e não a A. O procurador do titular do pátrio poder representa a esse, e não ao filho incapaz. O procurador do tutor ou do curador representa ao tutor, ou curador, e não ao tutelado, ou ao curatelado.

Os juristas por muito tempo confundiram o poder e o mandato, o que P. Laband (Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschãften, *Zeitscbrift fúr das gesamte Handelsrecht, X,* 239) exprobrou, não mais sendo possível, na ciência, a confusão (cf. M. Bing, *Das Verbàltnis des Auftrages zur Vollmacht.* 39).

Os redatores de Códigos ignoravam a distinção, até que P. Laband precisou os dois conceitos. O mandato é contrato; a outorga de poder. negócio jurídico unilateral, Discutiu-se se causal ou abstrato, até que se assentou ser independente de qualquer negócio jurídico subjacente, no interesse mesmo do tráfico (E.

Clarus. MIollmacht, *Seu fferts Blàtter.* 64. 166: desenvolvidamente, E. Leszynskv. *Die abstrakte Natur der Beuollmãchtigung,* 16).

4. *A pessoa do representado.* O representante não pode criar direitos a pessoa *inexistente,* ou a que falte *capacidade de direito.* Se o representado faleceu, ou se nasceu sem vida, ou se perdeu a capacidade de direito, não há representação. A representação do nascituro (arts. 42, parte 2ª, e 462) é enquanto se espera o nascimento; o natimorto não foi representado, de modo que os atos do curador terão sido apenas para o caso de nascer com vida, *e* as aquisições — retificáveis os registros por decisão do juiz que nomeou o curador —

foram por aqueles que teriam adquirido se não tivesse havido concepção. Assim, se foi nomeado curador ao nascituro e se fez a partilha dos bens, cabendo-lhe uma parte, e o nascimento, após o trânsito em julgado da sentença e o registro, foi sem vida, tem-se de retificar o registro, mediante outra partilha se há mais de um

interessado em vez do falhado herdeiro provisional.

Nos atos de alienação, o adquirente é sucessor do representado: se a esse falta a titularidade do direito, ou o poder de dispor,tudo se resolve como se o alienante tivesse alienado, ele mesmo, o que não era seu. Não há qualquer diferença. Quanto aos deveres, obrigações e situações passivas em ações e exceções, que nasçam ao representado, também tudo acontece como se fora ele o que diretamente os assumiu. O incapaz é que os assume, e não o titular do pátrio poder, tutor curador: os herdeiros, e não o inventariante; a massa concursal, e não o síndico. Em princípio, se o representante excede os poderes, sem que o terceiro conheça o excesso, ou deva conhecê-lo, responde como se houvesse atuado, quanto ao excesso, em nome próprio. O

terceiro deve saber o que pode o titular do pátrio poder, o tutor, o curador, *o* síndico, o testamenteiro, o inventariante. Todavia, o art. 1.305 não incide somente quanto à representação por outorga de poderes.

As atribuições patrimoniais, que pelo representante se fazem ao terceiro, são entre representado e terceiro. O acordo sobre a *causa* pode ser por intermédio do representante. B, ou diretamente (entre A e C), como se A dá poderes de representação para B vender a C a casa, recebendo, como preço, nota promissória.

para a qual A já deu ressalva, pois em verdade doou a C a casa.

Por isso mesmo que o ato jurídico produz efeitos pró e contra o representado, não se há de cogitar de qualquer *passagem* pelo representante: o Estado não pode lançar imposição de transferência sobre a procuração em causa própria se o procurador não *notificou* o devedor, ou não vai transferir para o seu nome a propriedade (contrato consigo mesmo). Fora daí, o terceiro é sucessor do representado, sem se conceber que o representante precise ceder os direitos ao representado.

Quem manifesta vontade, ou comunica vontade, conhecimento ou sentimento é o representante; por isso. não precisa ser capaz o representante. para o ato que se pratica, se o poder de representação não se extinguiu *(cf.* art. 1.316, II. Y parte). Se o representado outorga poderes. mas na procuração insere reserva de consentir sobre alguns pontos (se reservou consentimento não outorgou poderes). tem-se de

conceber o ato jurídico como condicional, ou como de recepção de oferta. sem ter havido, ainda. aceitação, ou como para ser feito com a inserção reprodutiva de manifestação de vontade do representado em outro instrumento. se por escritura pública o ato, ou com a juntada de tal manifestação como parte integrante do instrumento particular tem poder para receber (e.g., quem pode oferecer, salvo cláusula em contrário, pode receber a aceitação; quem comunica, em casos em que há resposta à pergunta, ou se há de optar, pode receber a resposta, ou a opção). Se A dá poder a B para oferta a C, mas exige que C lhe remeta a aceitação, pré-

excluiu que B tivesse representação passiva. Na vida diária, é regra que os subordinados representem passivamente, e não ativamente; mas, aqui e ali, surge o poder de representação ativa. A mulher casada pode receber citação na ação de reivindicação de bem imóvel, e não pode fazer citar; idem, o marido (art. 235, II), razão por que, autor, tem de ter o assentimento da mulher (Código de 1973, art. 10, *pr.;* Lei nº 8.952, de 13

de dezembro de 1994), e, réu, têm de ser citados marido e mulher (Código de 1973, art. 10, *§* 1ª Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994).

§ 309. Representação ativa e representação passíva

1. *Conceitos.* Receber algum ato de outrem pode ser em nome de outrem; portanto. cabe, ai. falar-se de representação. Se a manifestação de vontade não é recepticia, o que adquiriu dela alguma vantagem jurídica já é titular de direito, ou tem de se apresentar para que nasça, ou representar-se para isso. Não há o *receber* jurídico. Porém seria erro pensar-se em ser preciso que exista. na recepção. possibilidade de exame pelo receptor, para tomar, ou não, alguma providência (sem razão, L. Barassi, *La Notificazione necessaria,* 56 sã; ou que, fora daí, se tratasse, sempre. de nunciatura. O que importa é a natureza do ato em que possa e tenha havido representação.

O poder de representação *ativa* é faculdade de poder *(= B* pode): o poder de representação *passivo* também o é. Todavia, há quem distinga poder ativo e poder passivo, vendo naquele faculdade de poder e nesse qualidade jurídica (A. von Tuhr. *Do*"*Allgemeine Teu.* III, 335); mas isso levaria a equívocos. Se A pode notificar a B, na pessoa de C. C é representante passivo. se bem que também o seja C, se pode

receber a oferta de compra do bem de B. Tudo se há de confinar em dois conceitos: criação (ou emissão), recepção.

De ordinário quem cria (ou emite) também.

2. *Representação e mensagem ou nunciatura.* O que pratica o ato-fato jurídico pratica ato alheio, como o que pratica como alheio, se as circunstâncias o determinam, ato que entra no mundo jurídico como negócio jurídico de outrem, ou ato jurídico *stricto sensu* de outrem, sem representar. A pessoa que me transmite a notícia de que o editor B me propõe a edição dessa obra por *x* é *núncio,* não é representante. O representante diria: B oferece-lhe *x* e, se você aceita e mo diz, está concluído o contrato, porque tenho poderes dele. O

correio, o transmissor telegráfico, o estafeta e a empresa telefônica são núncios. Se há *nunciatura* ou se há *representação,* decide-se pelo exame das circunstâncias, *do lado da pessoa que trata com quem usa de intermediário.* Essa pessoa é terceiro, relativamente à ligação entre o representado ou nunciado e o representante ou núncio, — razão por que só importa o que se extrínseca, e não *o* que não se extrínseca. Esse ponto é da maior relevância; e a atenção a ele evita que se discuta se, tendo o intermediário, B, recebido incumbência de manifestar a C a vontade de A, escolhendo ele mesmo a vontade *a,* ou a vontade *a* **,** ou a vontade *a",* há a figura do núncio, ou a do representante. A manifestação de vontade pelo núncio é a vontade própria, imediata, do que a tem de lançar; a manifestação de vontade pelo representante é manifestação, *por esse,* da vontade do *represent* ou no ato jurídico *stricto sensu.* segundo plano, como Na nunciatura, nao se pelo núncio é manifesposto que sirva de insvontade, por meio de nos limites — às vezes representante ultrapassa *contra hendo* na pessoa do representante, pode o representado ter de indenizar o interesse negativo. Não há verificação de limites quanto à nunciatura: se o núncio não exprimiu o que o figurante queria, pode esse pedir lhe a anulação por erro; errando o núncio, foi ele quem errou (art. 158). Algumas regras juridicas concernentes a mandato (arts. 1.305-1.307) apanham a nunciatura. O absolutamente incapaz pode ser núncio; nunca aceitar mandato, posto que a outorga do poder de representação valha. O que não pode ser mandatário pode ser núncio *e* ter poder de representação. A outorga de poderes ao incapaz não pode ser arguida pelo outro figurante. ainda que o desconhecesse, nem pelo outorgante, que o escolheu: a limitação à capacidade foi concebida em benefício do incapaz. Nas relações jurídicas entre o representante e o representado, éque esse, ou quem o represente, ou assiste, pode alegar a nulidade ou anulabilidade, —

não o representante. Quanto à representação legal, a questão muda de figura: há pessoas que não podem. ou não podem durante algum tempo, ser titulares do pátrio poder. ou exercê-lo, ou ser tutores, ou curadores etc.

Há regras jurídicas cogentes.

3. *Sujeito do ato jurídico.* É representante quem atua, em nome de outrem; isto é. quem. ao praticar o ato, manifesta que o suporte fático (de negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu),* que do seu ato resulta, há de entrar no mundo jurídico como negócio jurídico, ou como ato jurídico *stricto sensu* do representado.

Assim, a eficácia recaí no representado. e não no representante. O ônus de alegar e provar que houve o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto* sensu. e o de alegar e provar que foi em nome próprio, ou que foi com representação, tocam a quem se baseia no negócio jurídico, ou no ato jurídico *stricto sensu.* O negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu* conclui-se como do representado, no que se distingue do contrato a favor de terceiro, que é concluído como contrato do que pratica o ato mas estabelecendo-se eficácia a favor de outrem. A manifestação de vontade de praticar o ato como representante (vontade de representar) pode ser tácita. A cada momento assistimos a atos que são praticados por pessoas que representam, sem declaração expressa deo fazer, inclusive atos de alienação. A no interesse do representado, no interesse procuração *in rem suam),* ou no interesse *Kommentar,* 1, 441). representação pode ser do representante *(e.g.,* de terceiro (G. Planck.

O representante não é sujeito ativo ou passivo do ato jurídico; a representação é elemento presente, porém não necessário, do suporte fático. A representação é para que o suporte fático se forme e entre no mundo jurídico, tornando-se ato jurídico; não é elemento do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu.* Quando o suporte fático se faz negócio juridico, ou ato jurídico *stricto sensu.* a representação já se passou: se o ato jurídico é do representado, não mais há cogitar-se do representante. Por isso mesmo, quando se vai cumprir, cumpre-se ao representado, e não mais ao representante, cuja função terminou. Se antes do tempo, a entrega vai ao representado ou a quem se designou.

Nada obsta a que se representem. simultaneamente, duas ou mais pessoas; ou que se mantenha oculto o nome do representado *(negócios jurídicos com quem seja),* pois nem sempre o constar é necessário à

composição do suporte fático, nem os interessados exigem sempre a designação do que é figurante do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu,* nem corresponde, para alguns atos, aos usos e costumes *(e.g.,* compras a retalho). Se foi acordado que se reservaria a indicação (e.g., do vendedor), não se pode, *a priori,* dizer que não valha (M. Rúmelin, Das Handeln in fremdem Namen, *Archiv fúr die civilistische Praxis.* 93, 221; sem razão, K. Hellwig, *Die Vertrãge aufLeistung an Dritte,* 243). Em todo o caso, se o figurante não acordaria se soubesse de quem se tratava, e não acordou em que se lhe ocultasse. pode haver erro sobre a pessoa (art. 88), se a manifestação de vontade fora emitida atendendo-se a ser a determinada pessoa: ou, fora dai. tem o representante de se considerar figurante, se também ocultou a representação (arg.

ao art. 1.307, cf. Código suíço das Obrigações, art. 32. alínea 2ª: "Lorsqu‟au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s‟est pas fait connaitre comme tel. [e représentant ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances quíl existait un rapport de représentation, ou sil était indifférent de traiter avec lun ou lautre").

O representante passivo é aquele a quem se dirige a mani[estação ou comunicacáo de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, embora para outrem, a que atinge. Não é de exigir-se sempre o ato de vontade do que é receptor (representante passivo). O representante na recepção e o núncio na recepção são inconfundíveis. Também aqui não é o núncio que recebe, é a pessoa a que se dirige a manifestação de vontade, ou a comunicação de conhecimento, ou de sentimento, que recebe, se bem que o seu instrumento seja o núncio. Na representação passiva, o representante recebe, em nome do representado. De ordinário. os que, na casa, ou na fazenda, ou na empresa, recebem, de costume, as manifestações ou comunicações de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento *(e.q.,* cestas de flores, telegramas de felicitações ou de pêsames). são núncios. Algumas vezes, mas raras, são mensageiros do manifestante, que lhes manda declararem, aos donos da casa, ou a alguma pessoa da casa, o que manifesta: então, so se há o contacto, a recepção, quando a mensagem chega e conforme chega ao destinatário; à diferença do que se passaria se fossem núncios dos donos da casa, ou da pessoa da casa.

Aqui surgem algumas questões sutis. Se A diz ao seu criado que vai comprar, com abatimento de vinte por cento, a vitrola que está em exposição, debitando-lhe o vendedor *o* preço de vinte reais, e o criado

diz que debite o preço, sem falar no abatimento de vinte por cento, pois o preço marcado era de vinte e quatro reais, *j(a)* não houve venda e compra, ou *(b)* houve venda e compra e é nula, ou *(c)* houve venda e compra e vale? Como em *(a)*. alguns pensam; mas é insustentável, porquanto já se assentou. preliminarmente, que o criado, na espécie, foi núncio do comprador; com em *(b)*. H. Titze *(Die Lebre com Missverstàndnis,* 292.

nota 9, e 296 s.): como em (c), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1. 30ª-343 cd.. 448. 399 cd., *§* 166. nota 12). *(b)* é o certo. Transmitiu-se, erroneamente, (art. 89). a vontade do comprador, caso inconfundível com o do criado que, ouvindo falar-se de que o patrão está a telefonar, sem conseguir ligação, para fechar a compra da vitrola, saiu e transmitiu manifestação de vontade que não lhe foi comunicada pelo patrão para ser por ele transmitida. Aqui, não houve o negócio juridico.

§ 310. Poderes de representação

1.

Conteúdo e *limites da representação.* A representação somente se pode dar até onde e como a lei, o juiz ou o representado a permita; portanto. *dentro* de limites. As vezes, é possível ratificar-se o que o representante fez além dos poderes conferidos, ou sem poderes. Em princípio, não importa se o que tratou com o representante sem poderes, ou sem todos os poderes que dizia ter, estava de boa-fé, no admitir a existência de poder ou dos poderes de representação.

2.

Pré-exclusão do representação. A lei emprega duas técnicas a respeito de poderes de representacão, fora a de deixar aos interessados outorgá-los na medida em que o entendam: *a)* a técnica da fixação legal dos poderes, mencionando-se os atos em que a representação se pode dar; *b)* a técnica da proibição da representação. apontando-se os atos em que se não permite a representação. Sempre que se diz que alguma pessoa, em virtude do pátrio poder, da tutela, curatela, inventariança. testamentaria, ou cargo de síndico em concurso de

credores, pode representar, em verdade se usa a técnica o). Quando se enumeram ou citam atos em que se não admite a representação, entende-se que a lei, por suas razões político-jurídicas, não admite que os suportes fáticos. Em que falte o figurante e apareça outra pessoa. *entrem* no mundo jurídico. Frise-se a proposição em que se afirma que tais suportes fáticos. insuficientes, não entram no mundo jurídico. Assim, o testamento, em que alguém figurou como mandatário do testador, não é, para o direito, testamento: não entra no mundo jurídico. Diga-se o mesmo da revogação de testamento. E grave erro falar-se, ai. de nulidade: tais atos humanos *não existem* como negócios jurídicos.

Cumpre observar que, tratando-se de atos ilícitos, não há pensar-se em representação.

3. *Atos jurídicos* strícto sensu. Quanto aos atos jurídicos *stricto sensu,* as regras jurídicas concernentes à representação e ratificação incidem, salvo se a lei ou a natureza do ato lhes pré-exclui a incidência. Nada obsta a que o representante de A alugue casa de A, que está para ser alugada (o art. 1.133 só se refere à venda e compra, à troca, à cessão de crédito), porém de modo nenhum se poderia admitir que o representante se *notificasse* a si mesmo. Discute-se quanto à representação em caso de constituição e mudança de domicílio (e.g., se A, ausente, pode permitir à mulher que mude de domicílio; se o pai, titular do pátrio poder, pode permitir que o filho mais velho, capaz, mude o domicilio dele e dos filhos menores). Pela possibilidade de representação, LI. Dernburg *(Das J3úrgerliche Recht,* 1, 158), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 30~-34ª ed.. 1, 543); mas sem razão, porque, ai. o que muda o domicílio apenas o muda facticamente: o que pode mudálo é ajudado pelo que toma as medidas, dentro do pensamento e vontade do titular do direito.

Certo, A. Manigk *(tÃ/illenserklàrung und Willensgeschàft.* 650 sj, P. Klein *(Rechtshandlungen,* 74) e A. von Tuhr *(Der Aliqemeine TeU,* III, 371 s.). Se B, sem receber instruções de A, lhe muda o domicilio, somente quando A adota a deliberação de B se tem por mudado o domicilio: não há pensar-se em ratificação, nem em retro-eficácia.

Quanto aos atos-fatos jurídicos já dissemos, ao tratarmos deles, que não permitem qualquer representação. O que os pratica por outrem pode ser instrumento da ação alheia, ou servidor da posse. não representante.

A representação e, pois. a atribuição legal ou a outorga de poder de representação supõem: *a)* a possibilidade de ato jurídico para o qual seja preciso representação: *b)* ser o representante quero manifesta a vontade necessária a esse ato; c) o ser em nome de outrem a manifestação de vontade; *d)* eficácia, positiva e negativa, quanto ao representado. Já L. Barassi, em 1897 (Contributo. *Rivista Italiana per le Scienze Giur.,* 24, 403 ***5.;*** *II Contratto di Lavoro,* 1. 104 s.) negava que atos materiais, como a obra, ou *o* serviço, pudessem ser os atos a que se refere *a).*

4.

A chamada representa çâo mediata. Pode acontecer que *o* representante, ao praticar *o* ato, não manifeste que o pratica por outrem: ai, nao 50 o representado fica velado, mas, também, a representação, o que se distingue da espécie, anteriormente referida, em que se vela o representado, porém não a representação. Na realidade, o que concluiu o negócio jurídico, ou perfez o ato jurídico *stricto sensu,* atua por outrem, mas em nome próprio. No art. 1.307, alíneas 1ª e 2ª, diz-se: "Se o mandatário obrar em seu próprio nome, não terá o mandante ação contra os que com ele contrataram, nem este contra o mandante. Em tal caso, o mandatário ficará diretamente obrigado, como se seu fora o negócio, para com a pessoa, com quem contratou." E a representação indireta ou mediata, de uma de cujas espécies trata o art. 1.307.

Primeiro, tem-se de assentar se há duas representaçóes, uma imediata e outra mediata, ou se, em verdade, só há uma, pois, nas representações mediatas não há representação. A segunda solução é a tese mesma de 5.

Schliossmann *(Die Lebre vou der Stellvertretung,* 1, 379 s.); contra ela, 1 Hupka *(Die Vollmacht,* 23 s.) e M.

Rômelin (Das Handeln in fremdem Namen, *Archiv fúr die civilistische Praxis.* 93, 131 s.). Ou o outro figurante conhece, ou não conhece a relação jurídica entre o que teve por fito o ato jurídico e o que pratica o ato: em qualquer dos dois casos, é *irrelevante,* no direito civil brasileiro, a figura da pessoa oculta, porque a representação não vem ao suporte fátíco do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu.* Ainda se há comissão mercantil, o que somente se faz possível se, pelo menos. é comerciante o comissário (Código Comercial, art. 165), a figura da pessoa oculta é irrelevante. Por onde se vê quão arguta foi a

teoria de 5.

Schlossmann, e em parte certa, se vemos a representação — não entre representante e representado — mas como elemento do suporte fático no negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu.* Nem sequer no suporte fático o ato de representação entra. Para o interessado, oculto, houve mandato, com infração de deveres pelo mandatário, ou comissão mercantil, ou outro negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu:* para aquele com quem tratou o chamado representante indireto, não: tudo se passou entre ele e o que ocultou o outro interessado. Não há deveres nem direitos, obrigações ou pretensões. ações ou exceções entre *o* mandante, por exemplo, e o que contratou com o mandatário que velou a representação. Outros sistemas jurídicos, como o inglês. estabelecem relação jurídica entre o figurante e o *undisclosed principal,* não *o* direito brasileiro. A representação mediata é sobrevivência romana, algo que lembra a época em que não havia representação. No direito alemão, com o *§* 383 do Código Comercial e sem qualquer dado legislativo civil, recorre-se ao *§* 164, alínea 2ª que manda não se levar em conta a falta de vontade de atuar em nome próprio, se não pode ser conhecida, para se afastar a alegação de erro *(§* 119) e valer o negócio jurídico como do representado. Surge a questão da relevância da representação, e grande corrente foi contra a tese de 5. Schlossmann *(e.g.,* R. Múller-Erzbach, *Grundsàtze,* 11 s., que admite relação jurídica entre o figurante e a pessoa oculta, que tinha interesse no negócio; contra, a jurisprudência e O. Warnever, *Kommentar,* 1, 301).

Quanto aos direitos reais, somente se conferem, desde logo, ao comitente se a natureza deles o permite. *a)* Se o negócio jurídico foi atributivo ao figurante. por conseguinte diminutivo do patrimônio da pessoa oculta, houve alienação de coisa alheia, mas, em virtude da falta de representação, ineficaz (note-se a diferença: a representação não foi ao suporte fático, só atua no plano da eficácia). *b)* Se o negócio jurídico foi atributivo ao que atua em próprio nome, a despeito da representação, o comitente somente adquiriu o direito se o negócio jurídico da representação é suficiente para que *no momento mesmo da aquiszçao pelo comissário* se transfira àquele (não há qualquer transferência do figurante ao comitente); quanto à posse, é de entender-se que houve constituto possessório, se resulta dos termos da representação. Aqui. ressurge o *problema do instante:* ~a posse ou a posse e, com ela, a propriedade são adquiridas *instantancamente* pela pessoa oculta, ou *após* a aquisição pelo representante mediato? Para M. Rúimelin (93, 218 s.). desde o momento em que ocorre a tradição quem adquire é o comitente. o que seria tradição a pessoa indeterminada, ou importaria em, conceptualmente, unilateralizá-la.

Não há. aí. tradição *ad incertam personam,* ou a quem seja de direito" (G.

Plancl, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 434 s.; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 451: E. Regeisberger, Uber

Besitzerwerb durch Míttelspersonen, *Jherings Jahrbúcher, 44,* 393 s.). Quanto a ter-se de afastar que a chamada representação mediata seja representação, cf. A. Naltini *(La dottrina generale deila Procura,* 2 e 116), L. Tartufari *(Deila Rappresentanza, 6-* 8) e G. Venzi *(Manuale,* 116).

§ 311. Fontes do poder de representação

1. *Representação legal e representação voluntária. (a)* Representação legal é aquela em que o poder de representação não provém da vontade do representado, mas da lei. O titular do pátrio poder, o tutor, o curador, o marido e a mulher, segundo a natureza do ato, têm representação legal. Outrossim, o portador da quitação, de que fala o art. 937 (O. Warneyer. *Kommentar,* 1. 302), posto que se haja aludido a presunção. O

síndico é representante legal. E o inventariante. Se bem que alguns desses representantes possam praticar certos atos em nome próprio.

(b) São representantes voluntários os que provêm de outorga de poder, no sentido técnico, que vai muito além do mandato, razão por que pode haver procuração sem mandato. Por ela, outorga-se a alguém o poder de concluir negócios jurídicos, ou praticar atos jurídicos *stricto sensu,* em nome do outorgante, fazendo-o figurante de tais atos jurídicos, com a consequente eficacia contra esse. O direito que nasce ao procurador é *direito formativo modificativo,* porque o outorgado passa a ter o direito —

revogavelmente,

ou

irrevogavelmente, conforme a espécie, inclusive se foi inserta a cláusula de irrevogabilidade — de modificar aí por ato só seu, o estado em que se acha o patrimônio ou a esfera jurídica *(e.g.,* posse ou

demissão de cargo honorífico) do outorgante. ou da pessoa que o outorgante representa. São representantes legais: *a)* quanto aos absolutamente incapazes, o titular do pátrio poden o tutor, o curador; *b)* quanto à herança, o curador da herança dita jacente {arts. 1.591-1.594), o inventariante (arts. 1.578-1.580). ou, excepcionalmente, o co-herdeiro (art. 1.580, parágrafo único); c) o síndico ou administrador das massas concursais; *d)* a mulher casada, no que concerne aos atos que lhe tocam na administração do lar (salvo quanto àqueles bens, seus, para os quais tem direito de dispor. livremente, como o de depositar dinheiro seu); e) quanto aos bens comuns de que pode dispor (não se trata de direito de administração, como pretendeu **H.**

Siber. Das MIerwaltungsrecht an fremdem MIermõgen, *Jherings iahrbúcher,* 67, 81 s.). Os *órgãos* das entidades de direito público ou privado não representam; são ainda mais intimamente ligados à pessoa jurídica do que às pessoas jurídicas, ou físicas, o núncio, devido ao elemento institucional, estatutário, com que se criam, insertos na própria pessoa jurídica.

2.

Outorga de poder. A outorga de poder é manifestação unilateral receptícia de vontade, de ordinário declaração ainda se em negócio jurídico bilateral, ou se se contém em mandato. A manifestação unilateral de vontade consiste em dar-se a alguém (procurador) o poder de criar ou de emitir, ou de receber manifestações de vontade. (Digamos criar ou emitir, porque o que recebe poder dc emitir a letra de câmbio, nota promissória, ou cheque, em verdade recebeu o poder de criar, isto é, criar e emitir, tanto assim que, se subscreve um desses títulos e o perde, ou alguém lho furta, a declaração de vontade produz todos os seus efeitos.) A procuração não é parte do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* que por procuração se vai levar a cabo, — é negócio jurídico independente. de modo que é o seu efeito, quando exercido o direito formativo modificativo, que se coloca no suporte fático daquele negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* que se previu. Uma das consequências dessa independência negocial e o *princípio da autonomia da forma da procuração,* a que as leis abrem exceção: e de exceção só se pode cogitar se o texto legal foi expresso (art. 1.291: Para os atos que exigem instruroento público ou particular, não se admite mandato verbal", isto e, pré-excluem-se a oralidade e, *a fortiori,* o mandato tácito. se os arts. 133-135 *e* parágrafo único do 141 do Código Civil, e 401 do Código de Processo

Civil, incidem quanto ao ato jurídico para o qual se requer o mandato). A representação, com ou sem mandato, pode ser tácita ou oral, se o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* é da classe dos atos para os quais não se exige qualquer forma. Assim, se o preço da venda é acima (art. 401) do décuplo do salário mínimo, mas é da classe das vendas que se costumam fazer oralmente, ou por meio de automáticos, ou por simples tradição do preço (ainda em bandejas) e tomada de posse do que foi comprado, a outorga de poder pode ser oral, ou conforme as circunstâncias, se não se compõe. o que é mais vulgar, a figura da nunciatura. O silêncio do que conhece o exercicio da outorga e a repetição de atos do procurador podem compor outorga de poder de representação, que se não confunde com o *poder aparente.* expressão elíptica de outorga aparente de poder (W. v. Seeler.

MIollmacht und Scheinvollmacht. *Arcbiv fúr J3úrgerlicbes Recht,* 28, 36 s.; M. Wellspacher. *Das Vertrauen ai4 àussere Tatbestànde.* 95 e 235). E a *agencg by estoppel* do direito inglês.

A outorga de poder é negócio jurídico unilateral; a manifestacão de vontade, que se contém no suporte fático, receptícia. Porém, como veremos adiante, não se dirige sempre ao outorgado: pode dirigir-se ao terceiro. Se há contrato, é *sobre* a outorga de poder, razão por que pode essa ser anterior ou posterior, por exemplo, ao mandato (contrato de mandato em que há regulação dos poderes já conferidos, contrato de mandato em que se fixa a data em que hão de começar os poderes).

3.

Abstração e outorga de poder. A outorga é negócio jurídico abstrato, de ordinário sem qualquer dependência quanto ao negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente; por isso, pode ser válida e eficaz, sem que o seja o negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente (li. Enneccerus, *Lehrbuch.* 1, 471; R. Leonhard, *Der Alígemeine Teil,* 317, G. PlancK, *Kommentar.* 1, 4ª ed., 443, pela adesão de R Flad; i. Hupka, *Die Vollmacht,* 107 5.; C. Crome, *Spstem.* 460: H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch.* 1. 264 s.; L.

Rosenberg, *‚Stellvertretung im Prozess,* 753 s.; sem razao: H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht.* 1, 534; 5.

Dniestrzanskí, *Die Aultrâge zugunsten Dritter,* 107, e W. v. Seeler, MIolimacht und Scheinvollmacht, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 29, 9). Não existem poderes de serviço, poder de mandato, poder de sociedade (li. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 464), conforme se trata de empregado, mandatário, ou sócio: o poder é poder de representação, e tão-só; o que pode haver é a especialização do mandato, o que é a regra, sem qualquer exceção à abstratividade do poder, isto é, poder para comprar, vender, trocar, alugar. criar letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas mercantis, e assim por diante. Até a 35 cd. do *Kommentar, G.* Planck *(§* 167, comentário 3) entendia que era causal, de ordinário, a outorga de poder, subordinando-se ao negócio jurídico subjacente; mas E. Flad, na 45 ed., corrigiu-o. Seria absurdo que, tendo de ser dirigida ao terceiro, ou, dirigida ao outorgado, comunicada a ele a outorga de poder, pudesse influir no negócio jurídico abstrato da outorga de poder o que se passou, internamente, entre o outorgante e o outorgado. A ligação ao que passou ou passa entre o outorgante e o outorgado não se pode dar se o poder foi dirigido ao terceiro (O. Warneyer, *Kommentar,* 1. 311). Isso não quer dizer que a outorga de poder. dirigida ao terceiro, não se possa unir de tal maneira ao negócio jurídico entre o outorgante e o outorgado (naturalmente, comunicado ao terceiro), ou a outro negócio jurídico (comunicado ao terceiro, ou por ele conhecido), que dependa da validade ou da eficácia dessa o poder conferido, ou a eficácia da outorga. Porém não há, aí, enchimento de causa: a outorga de poder não se torna negócio jurídico causal. A ligação (não causalízação) é excluida, *a prior!,* quando a outorga foi dirigida ao terceiro, por O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 341); o próprio li.

Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 466) admite que possa haver casos de ligação; e li. Rosenberg *(Stellvertretung im Prozess,* 763 si raciocina com os princípios concernentes aos negócios jurídicos *unitários* (o que não vem ao caso, porque seria analogia forçada e de consequências arriscadas). Ora, a outorga de poder, dirigida ao terceiro, somente pode ser ligada ao negócio jurídico, ou àsituação entre o outorgante e o outorgado, se a ligação consta da outorga como delimitadora, ainda que só no tempo, do poder. Quanto á ligação, se a outorga de poder foi dirigida ao outorgado. a regra é não haver qualquer ligação. Se houve comunicação ao terceiro pelo outorgante, depende do que foi comunicado quanto a haver, ou não, ligação: o terceiro não pode considerar sem ligação a outorga, se foi com tal ligação que teve ciência da outorga (salvo se há instrumento posterior de outorga e nova comunicação pelo outorgante, ou pelo outorgado. ou se houve comunicação posterior sem a cláusula de ligação). Se houve comunicação pelo outorgado, e a comunicação é sem ligação, não há

pensar-se em que exista. ainda que entre ele e o outorgante exista: se foi com ligação, há de o terceiro ter por sem ligação a outorga, ainda que não exista no negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Se há comunicações, divergentes, do outorgante e do outorgado. o ato do outorgado manifestando a vontade, ou recebendo a manifestação de vontade, ou o ato-fato, é adesão àcomunicação do outorgante e, pois, retirada da sua. Assim, na discussão entre L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 466, nota 20) e **ci** Biermann *(Búrgerliclies Recht,* 1. 268), nenhum tem totalmente razão: discutiram fora dos fatos da vida.

Se o poder de representação *podia* ser conferido tacitamente, ou por telefone, ou telegrama, e o foi, não importa a nulidade do instrumento — público, ou particular — em que ele foi conferido.

Uma das consequências de ser abstrato o poder de representação está em que, recebida por B a procuração de A, pode ficar para ulterior acordo entre eles o contrato de serviços, ou de mandato. Pode bem ser que B exerça o poder, que se lhe outorgou. sem quaisquer cláusulas onerosas para A, perfazendo-se tacitamente a doação de serviços ou obra. Quando o advogado recebe a procuração, sem que o outorgante lhe fale em honorários, entende-se que futuramente se acordará no que se haja de prestar; mas o poder de representação é abstrato, independe de tudo isso; pauta as relações entre o outorgante e *o* terceiro, como entre o outorgado e o terceiro, Tudo isso nada tem com o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente. Por outro lado pode existir mandato, ou contrato de locação de serviços, ou outro, e ainda não existir poder de representação; *e.g.,* o advogado assinou o contrato de honorários e o cliente ainda não lhe passou procura-

ção. Com esse mandato, podia apenas requerer ao juiz que lhe permitisse prestar caução *de rato* (Código de 1939, art. 110: *obter,* sob o Código de 1973, art. 37), com todas as conseqüências da satisfação ou da não-satisfação do prometido. Poderia requerê-lo também sem ter havido mandato, ou contrato de honorários. ou de doação de serviços.

Se se pergunta por que se outorgou a B a procuração. e não a outrem. há alusão à causa, ou ao motivo.

Mas a outorga de poder de representação abstrai daquele e os motivos são irrelevantes. Na relação jurídica causal é que pode existir dever do outorgante de dar procuração ou de não a retirar e direito do outorgado a representar ou a não deixar de representar; *salvo se* o

poder mesmo é *irrevogável,* o que, no art. 1.317, 1, se estabelece. *dispositivamen te.* para a procuração em causa própria. A procuração em causa própria também é abstrata, a despeito da cláusula *ir rem suam.* Poder-se-ia redargúir que a inserção de tal cláusula alude a *alguma* relação entre o outorgante e o outorgado. Não há tal alusão: a procuração em causa própria é abstrata, como as outras, razão por que, ainda que diferentemente se haja disposto no negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente, *o* terceiro deve e pode tratar o outorgado como procurador em causa própria. Se esse viola deveres e obrigações com o outorgante, éassunto do outro negócio jurídico, com as conseqüências do ato ilícito relativo, que de tal violação resulte.

O

poder de representação, por ser abstrato, independe da relação jurídica causal, ou de outra relação jurídica abstrata, quanto a seu nascimento, a sua extensão e a sua extinção. O terceiro, que trata com o outorgado, pode exigir-lhe a apresentação da procuração, não o instrumento do negócio jurídico subjacente ou sobrejacente. O advogado com quem o terceiro há de tratar pode recusar-se a apresentar-lhe o contrato de honorários; ainda que. recusando-se a isso, o terceiro deixe de fazer o negócio, não responde ao outorgante pela não-realização do negócio jurídico. Se o outorgante se comunicou com o terceiro, pode abster-se de qualquer referência ao negócio jurídico, subjacente ou sobrejacente, entre ele e o outorgado; e — feita alguma referência — não se torna causal o poder de representação, se bem que, em certas circunstâncias, pela culpa em não atender ao que disse o outorgante, possa o terceiro responder por perdas e danos (ato ilícito relativo, ou ato ilícito absoluto, conforme o caso), ou expor-se à pretensão do outorgante à anulação do negócio jurídico pelo dolo. Seja como for, o negócio entra no mundo jurídico, por ser abstrata a outorga de poder de representação.

Tem-se dito que, estando inserto no contrato o poder de representação, depende de ser aceita a oferta de contrato. Com isso, todavia, não se bilateraliza a outorga; não há aceitação dela; há aceitação do contrato. A outorga do poder é, então, condicional: não deixou de ser abstrata, Por isso mesmo, se foi exercida, e sem qualquer repercussão nos atos jurídicos em que se exerceu a decretação da nulidade, ou da anulação, ou da resolução, ou a denúncia do contrato, ou qualquer desconstituícão da aceitação mesma. O distrato do negócio jurídico em cujo instrumento foi inserta somente atinge, *ex nunc,* a procuração, se comunicado, por meio próprio, ao terceiro (cf.

art. 1.318): é distrato em que se contém, explícita ou implícita, revogação.

4. *Poder aparente.* A pessoa, que não tem poder de representação, pode. em certas circunstâncias, ter de ser considerada (sem no ter) como se o tivesse, se aquele com quem trata há de a entender como tal. O marido que costumava receber os aluguéis, se, durante a ausência, se separou judicialmente, sem que a mulher o comunicasse ao locatário, há de ser considerado por esse como legitimado a receber os aluguéis. A casa comercial, que recebia prestações, por intermédio de empregados da classe 10, não há de pretender que o comprador-devedor saiba que um dos empregados foi despedido. Não há, aí. poder: há, apenas, a aparência de poder, de jeito que o que se protege é a boa-fé, em que se achava aquele que teve de atender ao suporte fático, exteriorizado,

aparente, de poder (cf. 5. Schlossmann. *Die Lebre von der Stellvertretung.* II. *519;* E. Zitelmann, *Die Eechtsgescbàfte, 99* s., mas inexato, adiante, 102; 5. Dniestrzanski. *Die Auftràge zugunstcn Dritter.* 90 e 99; W. v. Seeler. MIollmacht und Scheinvollmacht. *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* 28, 2 s.). Quem dá poderes alguma vez, sem ser por escrito, e procede de modo a justificar-se a crença alheia na continuação, ou repetição, da relação juridica estabelecida, há de responder por isso. £Como criador da aparência, por culpa?

ãOu como outorgante de poder? Não houve, *ex hypothesi,* outorga de poder pelo representado; somente ocorreu *perante* o *terceiro.* A favor do terceiro é que se concebe a eficácia de tal aparência, permitindo-se-lhe alegá-la, de modo a que se tenham de considerar produzidos os efeitos do ato jurídico, quer se trate de direitos, ou deveres, quer de pretensões e de obrigações, ou a que se lhe preste a indenização pelo ato ilícito absoluto (art. 159) do que se disse representante ou dos dois, outorgante aparente e outorgado aparente.

5.

Destinatário da manifestaçáo de vontade, na outorga de poder. A questão da direção da manifestação de vontade, na outorga de poder de representação, não é de somenos importância: ou *a)* só se tem como negócio jurídico já eficaz a outorga dirigida ao terceiro, ou *b)* só se

tem como eficaz se dirigida ao outorgado. ou c) se tem como eficaz se dirigida a qualquer dos dois. Ora, a outorga de poder de representação é eficaz ainda se o terceiro, tratando com o representante, crê que esse não tem poderes, ou se esse, já tendo poderes, promete ratificação; portanto havemos de afastar *a),* que teve por si O. Lenel (Stellvertretung und MIollmacht. *Jherings Jahrbúcher,* 36, 1 s.) e K. Hellwig *(Lehrbuch,* II, 417, nota 37). O

poder de representação é eficaz ainda se o terceiro, a quem se dirigiu a outorga, trata com o representante, que ignora ter poderes. portanto, é de se afastar *b).* Manifestação unilateral, receptícia, de vontade, a outorga começa de ser eficaz ao recebê-la o destinatário *(* = ao chegar ao destinatário), embora esse não tome conhecimento do conteúdo. O que tem entre os papéis que o correio entregou a procuração e *crê* que faz, sem poder de representação, o negócio para o outorgante, em verdade representa (li. Rosenberg.

Ste!lvertretung im Prozess, 572). A outorga que se faz com *publicidade* é dirigida ao outorgado e ao terceiro; e eficaz desde que alcance aquele ou esse: portanto imediatamente. Não se diga que tal outorga não e receptícia, como pareceu a A. von Tuhr *(Der Aligemeine Te!!,* III. 381): também nesse caso o que se exige é a recepção, e não o conhecimento concreto; e publicidade é recepção por todos os que ela possa alcançar A outorga de poder de representação pode ser comunicada ao terceiro, por se dirigir a ele ("queira você entregar a B, que institui meu procurador"). ou em comunicação especial, posterior ou não. Se não houve a outorga à parte, a comunicação especial é outorga *mais* comunicação, a despeito de só se ter *expresso* a comunicação (M. Wellspacher. *Das Vertrauen auf àussere Tatbestarde.* 83 s.): os princípios concernentes à confiança que se há de ter nos suportes fáticos exteriores, na palavra de quem comunica fato próprio, exigem que se tenha por outorgado o poder de representação que se comunicou estar outorgado ou que se comunicou se outorgaria. Cumpre, porém, discutirem-se dois pontos: *a)* Se o terceiro *sabe* que a comunicação contara com a outorga antedatada e essa nao póde ser feita, ou que o comerciante não outorgou no dia seguinte como comunicara *(e.g.,* por ter caído enfermo), 4cm-se de tratar a comunicação como contendo outorga + comunicação? *b)* Se o terceiro *sabe* que não poderia mais ser passada a procuraçao. por incapacidade do que disse que outorgaria, *ãquid iuris?* Tudo está em se fixar se a tutela do terceiro, nas duas espécies, é por sua boa-fé, ou se independe disso. Se o terceiro está de má-fé, pode ser alegado aquele conhecimento da falta de procuração. como elemento de dolo (arts. 92-97). tal como se passa com a notificação da cessão (art. 1.069). Essa é a solução mais acorde com o sistema jurídico brasileiro e é a de alguns juristas alemães (e.g.,

E. Eck, *Vortràge.* 1, 188; 4. Mupha. *Die Voflmacht,* 227; E. Coldmann-H.

Lilíenthal, *Das Búrsgerliche Gesetzbuch,* 1, 211; A. vor Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* III. 382; Th. Kípp, em E. Windscheid. *Lehrbuch, 1,* ***95*** ed 364; aproximadamente. G. Planch, *I*□ *ommentar,* 1. 463 5.; contra: P.

Oertmann, *Alígemeiner Te!!,* 537; 11. Biermann. *Aligemeiner Teil,* 273), a despeito do *§* 171 do Código Civil alemão.

6. *Forma da comunicaçâo.* A forma da comunicação é livre; pode ser oral, ainda que se trate de poder que requeira instrumento público, ou escrita; mas, nesses casos, não contém a outorga implícita, posto que, se existe o instrumento, tenha eficácia declaratória. Fora dai, rege o *princípio da simetria das formas, pelo menos.* Se a comunicação foi por escritura pública, inclusive *apud acta,* contém outorga de poder e comunicação: se outorga já existia, a eficácia é declaratória; se não existia, constitutiva (M. Wellspacher, Das *k/ertrauen auJ àussere Tatbestande,* 87; P. Oertmann, *Alígemeiner Teu,* 532 s.). Se foi por instrumento particular, quando não é exigido instrumento público para a outorga, dá-se o mesmo. Se foi por via oral, apenas comunica, salvo se a outorga de poder podia ser por via oral. O telegrama ou a telefonada pode ser bastante se o seria para a outorga.

7.

Restrições ao poder conferido. O poder é suscetivel de ser restringido quanto às pessoas com quem há de tratar o outorgado (A; ou um dentre A, B e C: ou A, B e C; os comerciantes da classe A; somente comerciantes: somente importadores; somente advogados, ou médicos, ou engenheiros; quaisquer Brasileiros). A restrição *subjetiva* pode derivar da manifestação de vontade *(e.g.*. comprar a casa da rua A, nº

20), ou da direção da outorga externa. — não da comunicação de conferímento feita pelo outorgante, porque o outorgado poderia fazer outras comunicações. Se a outorga foi interna, a restrição somente pode resultar do texto da outorga. entendendo-se sem restrição a outorga interna. A outorga pública de poder somente se restringe segundo o seu próprio teor.

A restrição *objetiva* deriva do ato jurídico ou atos jurídicos em cujo suporte fâtico há de estar o exercício do poder (o negócio jurídico tal, ou o ato jurídico *stricto sensu* tal, ou os negócios jurídicos, ou atos jurídicos *stricto sensu* tais, os negócios jurídicos, ou atos jurídicos *stricto sensu* da classe A, ou das classes A e B).

A terminologia usual emprega as expressões „geral" e „especial; porém há de se convir em que se precisa, sempre, definir o que se entende como geral. A restrição *temporal* é limitação objetiva *(e.g.,* A, até as 5

horas; B. após as 5 horas).

A restrição pode ser *formal; e.g.*. se o outorgado só tem poderes para vender por escritura pública, ou por meio de duplicatas mercantis.

A restrição poder ser quanto ao *exercício* do poder, *subjetivamente (e.g.,* com a atividade conjunta de B, ou com a aprovação por B).

8. *Poder e instruções.* As instruções são inconfundiveis com o poder. O poder é abstrato; as instruções estão fora do conferimento de poder, — são recomendações ou ordens do outorgante ao outorgado para que pratique ou deixe de praticar certo ato, ou certos atos, inclusive adiar o exercício, ou deixar de exercer o poder conferido, ou a conferir-se. As instruções podem constar de negócio jurídico subjacente, ou de negócio juridico sobrejacente, ou ter de ser insertas naquele ou nesse. Para o terceiro, ainda que as conheça, são sem importância. Nem pode o outorgante, ou o outorgado, inquinar de má-fé o terceiro por saber esse que o outorgado não as observou, ou só as observou em parte. As instruções não restringem, nem dilatam *o* poder. Se o terceiro, conhecendo as instruções do outorgante, entra em *colusâo* com o outorgado, para que exerça, contra as instruções, o poder, pode compor-se o ato ilícito absoluto (art. 159), com ou sem a composição da causa de anulabilidade (dolo, ou fraude contra credores).

9.

Interpretaçâo da outorga de poder. A determinação do poder pode ser legal, adotado um dos critérios, ou adotados alguns deles.

Se há determinação legal, as regras jurídicas para se saber qual o

poder conferido, qual a sua extensão, inclusive no tempo, são regras de interpretação das leis. Se não há determinação legal, interpreta-se a manifestação de outorga, segundo as regras de interpretação dos atos jurídicos. Se faltam elementos para se interpretar a outorga, procura-se na comunicação de conferimento o que se refira ao conteúdo da outorga e interpreta-se o conteúdo que foi comunicado, dentro das circunstâncias do caso. O poder para comprar não contém o de comprar a crédito, nem o de aceitar duplicata mercantil. A interpretação pode revelar que está incluído. O poder de vender a coisa compreende o de afirmar ou de responder a perguntas relativas a qualidades da coisa e seus vícios: mas a interpretação pode revelar que não está compreendido (inversamente. A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III. 398). O poder de cobrança não inclui o de cobrar judicialmente: mas a interpretação pode mostrá-lo. Inclui o de protesto e de medidas contra a prescrição. O

poder de administrar não contém em si o de doar, nem o de praticar atos que o outorgante não praticaria.

Em caso de dúvida, interpreta-se restritivamente a outorga. não porque não se haja de supor que o outorgante deixasse ao outorgado escolher a medida do poder outorgado, mas sim porque, no conferir o poder, há ato investitivo, que, sempre, em caso de dúvida, se interpreta restrítívamente.

Se a outorga de poder é interna, hão de levar-se em conta as circunstâncias já conhecidas pelo outorgado, ainda que não as conheça o terceiro; *e.g.,* quanto aos poderes do gerente. Salvo se há lei que determine o poder, ou a sua extensão. Cumpre, ainda. que se não tenha como causal a outorga interna de poder, ainda que inserta em negócio jurídico causal (sem razão, A. von Tuhn *Der Aligemeine Teil,* III. 399).

A outorga externa de poder interpreta-se conforme chegou ao terceiro, apreciadas as circunstâncias que esse conhecia, o que permite ser diferente a mesma outorga se dirigida a duas ou mais pessoas, à semelhança do que poderia ocorrer com a mesma outorga interna dirigida a dois ou mais outorgados.

Se alguém é que está na situacão de encarregado de vendas. cobranças, ou outros atos, as circunstâncias podem compor a outorga tácita de poder Do mesmo modo, se permite que o outorgado pratique atos fora dos poderes conferidos. Não se há de confundir com essa

tolerância continua a aprovação de algum,ou alguns atos; nem a negligência em vigiar os empregados, ou fiscalizá-los, basta a que se pense em outorga de poder; se bem que possa ser ato ilícito absoluto (art. 159). A outorga supõe ter havido manifestação de vontade de conferir poder: portanto. não há outorga: *a)* se a pessoa que poderia conferi-lo proibiu que o empregado, ou amigo. ou sócio. ou parente, praticasse o ato para o qual o poder seria de exigir-se; *b)* se as circunstâncias, interpretadas pelo terceiro, seriam de se interpretarem como de outorga, porém o que o terceiro crê outorgado não lho declarou, nem apresentou instrumento de outorga; *c)* se o terceiro recebeu comunicação do que se diz outorgado e o outorgante não estava presente no lugar em que se pretende ter conferido o poder. A outorga tácita de poder consiste em ato ou atos do outorgante, em vez de palavras, que se tenham de interpretar como tendo sido manifestações de vontade de outorgar poder, e não em se deixar que as aparências permitam crer-se na outorga (se não houve outorga, tratar-se-ia de poder aparente, e não de poder tácito).

10.

Comunicação de outorga de poder e outorga de poder. E preciso que se não confundam a comunicação, feita ao terceiro. de se haver conferido poder a alguém, e o conferimento de poder a alguém, por meio de manifestação de vontade dirigida ao ter ceiro. A distincão é de enorme importância tanto mais quanto. devido à impropriedade da linguagem, pode haver comunicação de conferimento onde se fala de outorga. dação, ou conferimento, e conferimento onde se fala de comunicação, notificação, aviso etc. Trata-se de interpretação do ato jurídico, a partir da determinação da classe do ato jurídico (negócio jurídico abstrato de outorga, ou ato jurídico *stricto sensu* de comunicação). Por outro lado, há outorgas públicas de poder e há comunicações públicas de outorgamento. A comunicação de conferimento é ato jurídico *stricto sensu,* em que não há manifestação de vontade, e sim apenas enunciado de existência, notificacão. De ordinário, já se deu a outorga e a referência da comunicação é a fato pretérito; pode, todavia, haver comunicação eficaz sobre a outorga futura *(e.g.,* comunico que amanhã será outorgado poder a B, que segue, no mesmo dia, para aí"). Os juristas soem falar de poder já conferido (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1. 464:

"eine in der MIergangenheit liegende MIollmachtserteilung"); mas sem razão. A comunicação do conferimento não confere poderes; mas, por sua natLlreza de enunciado de existência, surte *o* mesmo efeito que se

o poder tivesse sido outorgado, salvo o de substituir o instrumento necessário à representação, segundo a lei *(e.g.,* arts. 1.291 e 1.289, *§* 39), A remessa, com recepção, do instrumento do poder ao terceiro, pelo outorgante, é comunicação pelo outorgante: a apresentação pelo outorgado é comunicação pelo outorgado, como núncio do outorgante. A notificação sem comunicação pública écomunicação a qualquer terceiro. Quem trata com o outorgado, firmado no que se lhe comunicou, pode contar com a eficácia do ato jurídico, ainda que não tenha havido, em verdade, outorga. ou tivesse sido não-sério, ou simulado, o conferimento, ou seja anulável por outra razão. A *eficácia,* aí. é *da comunicação de conjerimento,* enunciado de existência, *o que só se dá em caso de estar de boa-fé o terceiro e de não constar do documento mesmo a nulidade, anulabilidade ou ineficácia.*

11. *Poder não-seriamente outorgado e poder aparente.* Se o outorgante brincava de passar procuração, ou se fora o professor, ou o aluno, para fins de ensino, ou de exame, que enformou a outorga, há negócio não-sério, que pode, conforme as circunstâncias, *aparecer.* Se nenhum terceiro se enganou, o negócio outorgativo não entrou no mundo jurídico; se terceiro foi enganado, o negócio de outorga não entra no mundo jurídico, mas pode ter ocorrido a entrada do ato em que o poder aparente foi exercido. A venda da biblioteca do professor, por parte do aluno que se utilizou da procuração feita para fins pedagógicos, a terceiro de boa-fé, entra no mundo jurídico e vale. Ao professor não aproveita invocar o art. 622, parágrafo único, porque a venda e compra não foi nula: seria ineficaz, para a tradição, se o aluno não entregou a biblioteca. mas eficaz para a pretensão de perdas e danos por infração contratual com o professor; nem a invocação do art. 622 lhe aproveitaria, se tradição houve, pelo aluno, porque o aluno tinha poder aparente. O

mesmo raciocínio há de ser feito se, em vez de ter havido apresentação da procuração pelo outorgado, houvesse comunicação ao público de ter poderes aquele a quem só jocosamente ou para fins pedagógicos se conferiam poderes (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III, 389; O. Warnever, *Kommentar.* 1, 313). Se o terceiro conhece a não-seriedade, ou o fim pedagógico, o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* em que aparece o outorgado, também não é sério; ainda que o outorgado o tenha por seria e existente o poder.

12.

Pessoa jurídica e órgão. O poder de representar pode provir de estatutos

de pessoa jurídica (associações, fundações) ou de contrato social. O órgão da pessoa jurídica é mais do que o representante. A pessoa jurídica mesma atua por intermédio do órgão, que algo é entre o representante *stricto sensu* e o núncio. A diferença entre ele e o representante é inelimináveI (O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* III, 218 s., 308 s., *Deu tsches Privatrecht,* 1, 472 s **.;** P. Oertmann, Rechtsgrundsãtze, *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* 10, 192; Hugo Preuss, Stellvertretung und Organschaft, *Jherinqs Jahrbúcher, 44,* 429 s **.;** sem razão, C. Meurer, *Die juristischen Personen,* 156, 5. Schlossmann, Organ und Stellvertreter, 44, 289; G. Romelio, *Zweckvermõgen und Genossenschaft,* 80 s **.;** A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil* III, 417, e 1, 461 s.). A nomeação por outro órgão é que estabelece o poder de órgão: a relação jurídica de organicidade aproxima-se da relação jurídica de representação, porém com ela não se identifica.

As vezes, é o poder público que nomeia *(e.g.,* Presidente do Banco do Brasil, presidentes de institutos autárquicos ou paraestatais). Tais investiduras não se confundem com as em que o nomeado representa, como o tutor, o curador e o síndico.

§ 312. Representação legal

1. *Conceito preciso. (a)* Representante legal é aquele cujo poder de representação não procede de outorga negocial, postos de parte os órgãos das sociedades, que não são, precisamente, representantes. e os que provêm sempre da eficácia de algum negócio jurídico. A representação legal compreende a que resulta diretamente da lei *(e.g.,* titular do pátrio poder) e a que resulta de aplicação da lei em ato de autoridade pública (tutor, curador, inventariante). Em qualquer desses casos, não é o representado que escolhe. Não importa o fim a que serve a representação legal: a representação legal pelo pai, tutor ou curador serve aos interesses do incapaz; a representação legal pelo testamenteiro, a interesses do decujo.

(b)

O representante legal precisa ter capacidade de exercício, ou negocial, ao tempo da investidura.

Não se pode ser representante legal sem se ser capaz. Já aí a diferença

entre a capacidade para a representação legal e a capacidade para a representação voluntária é ressaltante. O representante, na representação legal, precisa ser capaz ao tempo de receber o poder e ao tempo de exercê-lo; o representante, na representação voluntária, somente precisa ser capaz, ou, pelo menos, relativamente incapaz ao tempo do exercício. A mulher casada precisava de assentimento do marido para aceitar tutela ou curatela (art. 242, MI.

antes da redação conferida pela Lei nº 4.121. de 27 de agosto de 1962, art. 1ª,). Se era nomeada e a exercia, os atos que praticava eram jurídicos. A ação do marido somente podia ter por finalidade a desconstituição da nomeação, com eficácia *ex tunc:* era ação de rescisão de sentença, não de anulação da nomeação. Idem, quanto ao menor relativamente incapaz, o pródigo e o silvícola. O que se disse quanto ao tutor e ao curador é de também entender-se quanto ao síndico,

(c)

Todos os representantes legais têm *o* dever de exercer o poder de representação de modo satisfatório: em caso de má administração *(* = administração que causou danos). surge o dever de reparação.

O critério é o da atenção prestada aos próprios negócios *(diligen tia quam suis)*. O dever de reparar é oriundo de ato ilícito relativo, que se trata à semelhança dos atos ilícitos relativos nos negócios jurídicos, por se tratar de infração do dever ligado à relação jurídica de que proveio o poder de representação. As maiores analogias são obviamente com o marido.

(d)

Também na representação legal podem existir *instruções:* no que concerne à tutela e à curatela.

para alguns atos há instruções do juiz. ou dos doadores e testadores, se bem que, de regra, hajam de atuar, segundo os seus deveres, tutores e curadores; para a testamentaria, as do testador; para os síndicos, as deliberações das assembléias de credores, não as instruções do falido. O marido que administra bens particulares da mulher há de observar as instruções dessa.

A responsabilidade é perante os representados, ou perante aqueles em beneficio de quem se representa alguém. Por isso, o credor do espólio

pode ter ação contra *o* inventariante; e os herdeiros e legatários, contra o testamenteiro.

(e)

Quanto à extensão dos poderes, os do titular do pátrio poder são mais largos que os do tutor ou do curador. Os do curador dos arts. 387, 391, III e IV, 1.602 e 459 são assaz estritos. Bem assim, os poderes do testamenteiro, do inventariante e do síndico. Alguns atos do titular do pátrio poder, do tutor e do curador precisam de autorização judicial. Quando falta tal autorização judicial, o ato do representante — no direito brasileiro — e inválido, por incidência do art. 145, IVI (e.g.. arts. 388 e 427); mas há de ser pleiteada por ação a decretação de nulidade se houve escritura pública. O ato que não poderia ser praticado ainda com autorizacão do juiz é nulo, e não se precisa de ação para se decretar a nulidade (e.g., art. 428). Se esse ato serviu ao registro no registro de imóveis, atende-se aos princípios especiais a respeito.

2. *Representação legal e substabelecimento de poder.* O poder de representação legal é insubstabelecível: não foi‟ estabelecido”, isto é. outorgado. Nem o titular do pátrio poder, nem o tutor nem o curador, nem qualquer representante legal pode substabelecer os poderes que tem. Isso não quer dizer que se não possa outorgar a alguém o poder de representação: ele, representante legal, éque vai ser representado, não o incapaz, a massa falida, ou outro representado legal. A faculdade de se fazer representar, que não se confunde com *o* direito de substabelecer, é assaz ampla, maior do que a têm os representantes outorgados, exatamente porque não podem substabelecer *o* poder que têm. Todavia, o representante legal não pode fazer-se representar em toda a atividade que lhe caberia, ainda que só em toda a atividade em que poderia, a cada ato, ou classe de atos, fazer-se representar: seria, praticamente. substabelecimento. O representante representa *o* representante legal; razão por que: esse responde ao representado como se o ato de representação fosse seu; o representante por outorga responde ao representante, não ao representado, *salvo subsidiariamen te.*

3.

Exclusividade. A representação legal, à diferença da representação

voluntária, é, de regra, exclusiva.

Só o representante legal pode praticar o ato em que alguém precisa ser legalmente representado. Nos casos em que se pode falar de representação do marido, ou da comunhão, pela mulher, não é exclusiva. Os curadores dos arts. 1.591 e 476 são exclusivos (H. Reichel. *Aktiv und Passivprozesse des vorlàufigen Erben,* 109; H. Siber. Das MIerwaltungsrecht an fremden MIermõgen, *Jherings Jahrbúcher,* 67, 126; portanto, sem razão, Koessler, Das Wesen Nachlasspflegschaft. *Jlierings Jahrbúcher,* 64, 417).

4.

Invalidade da nomeação. Se a nomeação do representante legal foi *contrária a direito* e vem a ser decretada a desconstituiçâo dela, os atos praticados dentro do tempo em que ela foi eficaz perdem eficácia.

O que o tutor praticou, pois que foi ilegal a nomeação. é atingido pela anulação da nomeação. Idem, quanto aos curadores e inventariantes com poder de representação. Não, quanto à falência, porque, se a decretação da falência foi tida como ilegal, incide o art. 21 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945:

"Reformada a sentença declaratória, será tudo restituído ao antigo estado, ressalvados, porém, os direitos dos credores legitimamente pagos e dos terceiros de boa-fé." Há atos em que os poderes têm de ser expressos, sem se deixar ao representante qualquer alteração (comprar a casa A); outros que não são poderes suscetíveis de representação. Na prestação de assentímento, o titular do pátrio poder, o tutor e o curador não representam, assistem. Com a cessação do pátrio poder, da tutela, ou da curatela, termina a outorga pelo titular do pátrio poder. pelo tutor, ou pelo curador (G. Planck, *Kommentar,* IMI, 670; W. v. Blume. *Das Familienrecht,* II, 33; sem razão, A. Fuchs, *Vormundschaftsrecht,* 98: Th. Kipp e Martin Wolff, no *Lehrbuch* de L. Enneccerus, II, 2, 6a ed., 469).

5.

Extinção. A representação legal extingue-se: *a)* pela morte do representante; *b)* pela destituição, demissão, ou remoção; *c)* se renunciável, pela renúncia do cargo de que resulta a função de representação; *d)* pela morte do representado, em algumas especies

(e.g., a morte do herdeiro não extingue, de regra, a função do testamenteiro); *e)* pela superveniência da incapacidade relativa, tratando-se de representação de absolutamente incapaz.

§ 313. Capacidade de outorga e de exercício de poderes

1. *Outorgante, outorgado e capacidade.* O que é titular do poder pode outorgá-lo eficazmente. Nada obsta a que o não-titular o outorgue: outorga-o. ineficazmente; a superveniência da titularidade torna eficaz a outorga. As regras jurídicas sobre capacidade incidem sobre os outorgantes, não sobre os outorgados. *Aliter,* quanto ao exercício do poder de representação: se *o* outorgado é absolutamente incapaz, pode-se pedir a decretação da nulidade do ato jurídico em que representou; se é relativamente incapaz, não se anula o ato jurídico por ser o representante algum relativamente incapaz. A outorga de poder é manifestação unilateral, receptícia, de vontade. O contrato de mandato, ou de locação de serviços, ou de obra, é que, aí, pode ser nulo, ou anulável; a outorga de poder, não. Pode ser nulo, ou anulado, o ato jurídico em que o absolutamente incapaz exerceu o poder de representação; não, a outorga mesma a ele. O outorgante, antes do *exercício,* poderia revogá-la.

A outorga de poder é válida ainda que o outorgado seja incapaz. Se derivou de mandato. ou de outro negócio jurídico, a nulidade, ou anulabilidade desse, por defeito de idade do outorgado, não se contagia ao negócio jurídico abstrato: o outorgante, se quer, revoga-o, devendo-se entender que a cláusula de irrevogabilidade é para as espécies em que não haja erro essencial (art. 88).

A outorga de poder é válida ainda se o terceiro não é capaz (II. Enneccerus, *Lehrbucb,* 1, 462; sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine TeU,* III. 388), pois o que pode ser tido por nulo ou anulado é o negócio jurídico, em que houve a representação, não a outorga de poder.

2.

Exercício do poder de representação. O relativamente incapaz pode ter recebido poder e tê-lo exercido em negócios jurídicos com terceiro,

Nem o terceiro nem o outorgante tem ação de anulação do negócio jurídico que foi feito. A anulação seria do negócio jurídico de mandato, ou de locação de serviços, ou de outro. Outra espécie, sob o Código Civil, arts. 242, IX, e 1.299, revogados pela Lei nC 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. I° IV: A põe a vender máquinas, a prestações, a empregada, que vai entregando as máquinas, assinando os contratos e recebendo o dinheiro; descobre-se, depois, que a empregada era casada e não teve assentimento do marido para aceitar mandato: as vendas e compras eram válidas. Se houve mandato, ou locação de serviços, ou outro negócio jurídico causal entre o outorgante e o incapaz, a nulidade ou anulabilidade desse negócio jurídico não se contagia ao negócio jurídico, abstrato, de outorga de poderes (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1. 466).

3.

Incapacidade absoluta. O menor de dezesseis anos, ou o louco, ou o surdo-mudo que não pode exercer a vontade, o julgado ausente, todos absolutamente incapazes, podem ser outorgados: não podem exercer o poder de representação. Tornando-se capazes, ou, apenas, relativamente incapazes, podem validamente exercer o poder outorgado. Se o absolutamente incapaz exerce *o* poder, pode ser pedida a declaração da ineficácia do ato jurídico em que representou ao outorgante.

4.

Erro quanto à capacidade. Se alguém passou procuração a favor de relativamente incapaz, a outorga é válida. Outrossim, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. V. IMI, podia anular-se o contrato de mandato, em se tratando de mulher casada (art. 242. IX). O outorgante não precisa pleitear a anulação da outorga de poder por erro essencial (art. 88); pode revogar a outorga de poder.

5.

Interpretação da outorga ao incapaz. Sempre que se discute, *in casu,* a eficácia do ato jurídico em que o absolutamente incapaz exerceu a outorga, tem-se de verificar preliminarmente, se o ato jurídico podia ser por intermédio de núncio. Se pode, entende-se, *na dúvida,* que

houve nunciatura, e não representação. O

absolutamente incapaz pode exercer o papel de núncio.

6.

Representação legal e capacidade do outorgan te. Se o representado é incapaz, a representação é *legal.* De modo que os absolutamente incapazes se representam pelo titular do pátrio poder, tutor, ou curador Não podem outorgar. eficazmente, poderes. Os relativamente incapazes outorgam, com a assistência do pai, tutor, ou curador. A mulher casada não precisa de assentimento do marido para outorgar poderes de representação; o ato, para que outorga. é que o pode exigir. Daí a possibilidade de procuração da mulher e presença do marido, ou procuração do marido e presença da mulher, ou procuração dos dois, ou duas outorgas de poder na mesma procuração, o que é de aconselharse na procuração em causa própria para que se possa fazer, desde logo, validamente, a notificação da cessão.

7.

Capacidade e representação passivo. Na representação passiva, também é preciso que o representante receba a manifestação de vontade. ou a comunicação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, como se se dirigisse ao representado. O sujeito, a que se dirige, juridicamente, o ato, é o representado, posto que, no mundo fático, a receba o representante. Também aqui se há de distinguir a recepção, *fato jurídico,* e o suporte fático da recepção. A recepção nem sempre é ato jurídico (H. Titze, *Missverstàndn is,* 274 e 306), ainda que se pronuncie o "está entregue" - A recepção pelo representante é sempre ato jurídico *stricto sensu* (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* III, 358 s., que confunde a recepção pelo representante e a recepção pelo mensageiro ou núncio). Por isso não pode ser representante passivo o absolutamente incapaz, posto que o possa ser o relativamente incapaz. O núncio, na nunciatura passiva, é que pode ser absolutamente incapaz: o núncio de recepção é instrumento do *dominus negotii.* (Advirta-se, ainda, em outro erro de A. von Tuhr, III, 358, que foi o de dar o destinatário da oferta de contrato como representante passivo: quem aceita ou recusa oferta é representante ativo como o que oferece.)

A recepção pelo representante passivo é ato jurídico *stricto sensu;* a recepção pelo mensageiro é ato-fato; pode haver simples fato (caixa de correio, aparelho de gravação de telegramas ou telefonemas). Se o dono do negócio encarregou a B de receber a carta fechada, fé-lo núncio de recepção; se disse que verificasse o conteúdo, pode tratar-se de representação, ou de nunciatura: há representação se é de supor-se que o receptor possa discernir, pelo conteúdo, entre o que recebeu e outra manifestação de vontade, ou comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que fosse dirigida ao dono do negócio, *podendo negar-se a receber a outra.* O representante para recepção de citações nos negócios comerciais não é representante para receber citações noutras causas; se recebe a contrafé na questão sobre filhos do representado. serve de gestor de negócios sem poder

A questão de se distinguirem o mensageiro e o representante na representação passiva não é tão simples como pareceu a A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* III, 391), para quem o critério seria psicológico: tudo dependeria de se saber se a manifestação ou comunicação se dirige ao intermediário com o propósito de que *entenda* o conteúdo do que recebe. Em vez disso. tudo depende de se saber se o intermediário representa, isto é, faz as vezes do dono do negócio. Claro que seria absurdo eliminar-se a distinção e não se admitir a existência de mensageiros passivos *(e.g.,* K. I-lellwig, *Lehrbuch,* II. 356; L. Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess,* 202; contra, C. Crome, *Svstem,* 1, 451; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 251; H. Titze, *Missverstàndnis,* 288 s.). Há o *representante,* há o *núncio* e há o *receptáculo* a cujo contacto não se pode atribuir que o dono do negócio tenha recebido, como se dá com o núncio (confusão entre os dois últimos em 1-1. Titze, *Missverstàndnis,* 292. nota 9, e 296 s., quando diz que a recepção só se consuma à chegada ao nunciante, o que só se entende com o receptáculo). A caixa de correio, fechada e tendo chave, é instrumento do núncio, ou do dono do negócio. O aparelho de gravação de telefonemas é instrumento de quem com ele opera. Não se pode reduzir o núncio a receptáculo, nem elevá-lo à classe do representante.

Quem permite a outrem manifestar vontade, ou comunicar vontade, conhecimento ou sentimento a seu núncio, expõe-se a que o núncio retarde a chegada a seu conhecimento, ou que lha comunique inexatamente: não pode alegar incapacidade do núncio. nem vicio de vontade, nem inexatidão de comunicação (o art. 89 aí não incide, porque não se trata de transmissão da vontade, ou conhecimento, ou sentimento, do nunciante, mas sim de outrem a ele; cl. A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III. 360).

8.

Pluralidade de outorgados. O poder pode ser outorgado a duas ou mais pessoas, sucessivamente (somente na falta de cada indicado, pela ordem, tem poder atual o outorgado), conjunta-mente (todos têm de tomar parte no exercício do poder), ou solidariamente (cada um pode exercer, eficazmente, o poder, separadamente). Só há outorga a duas ou mais pessoas. a questão de se saber se é sucessiva a legitimação ao exercício, ou se e conjunta, ou se é solidária, é de interpretação do negócio jurídico de outorga. No art.

1.304, relativo ao mandato, lê-se: “Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento.

entender-se-á que são sucessivos, se não forem expressamente declarados conjuntos, ou solidários, nem especificadamente designados para atos diferentes.”

§ 314. Conteúdo e extensão do poder de representação

1. *Determinação.* O conteúdo e a extensão do poder de representação determinam-se segundo o termo do instrumento, ou segundo as circunstâncias do caso, tendo-se particularmente em vista o fim do poder de representação e, se poder *fundado* de representação, isto é, oriundo de alguma relação jurídica, a relação jurídica, subjacente ou sobrejacente, em que se baseia. Na terminologia legislativa e na usual, fala-se de poderes *gerais* e de poderes *especiais,* mas uns e outros são gerais, ou especiais, em relação a poderes menos gerais, ou menos especiais. No art. 1.294, inserto no capitulo sobre mandato, diz-se que "pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente. ou geral a todos os do mandante". No art. 1.295, explícita-se: „O

mandato em termos gerais só confere poderes de administração"; e no *§* 1ª apontaram-se alguns poderes que somente podem ser conferidos especial e expressamente. A alusão à administração a penas significa que se permitem todos os atos indispensáveis à conservação, produção, utilização e aumento do patrimônio administrado, não *o* que seja *dispor* do patrimônio administrado, não o que seja *dispor* do patrimônio em si (cp. Código Civil austríaco, *§* 1.008: francês, art. 1.988; suíço das Obrigações, art. 396). Os atos de disposição exigem poder especial, salvo se fazem parte dos atos de conservação *(e.g.,* dispõe-se da peça velha, para substituir-se por outra nova), de produção *(e.g.,* dispõe-se do estrume com que se compra o sal para os animais, ou se inclui na receita), ou de utilização *(e.g.,* dispõe-se do leite, na fazenda, ou do arroz beneficiado). Os atos de disposição entendem-se à vista, e não a crédito: para serem a crédito, precisa-se de especialização; bem assim quanto aos atos de aquisição.

A outorga de poder de representação, dirigida ao outorgado, contém em si outorga de poder de representar na apresentação do instrumento: tal outorga implícita somente pode ser revogada com a outorga do poder de representação no ato de que se cogita. porque. enquanto ela está de pé, o outorgado. para exercer o poder.

tem de apresentar o instrumento. Daí: *a)* pode dar-se a apresentação ou a comunicação quando o outorgante já se haja arrependido (reserva mental!) de outorgar, e não haja revogado, ou não possa revogar a outorga para o ato; b) pode dar-se que. a despeito de proibição do outorgante, o outorgado apresente o instrumento, ou faça a comunicação. Se o outorgante pode revogar a outorga de poder para o ato, excluindo-a ou restringindo-a *(e.g.,* só servir a venda e compra até tal data), pode comunicá-lo ao terceiro, em termos que impliquem revogação, encarregando-o de comunicá-lo ao outorgado. Se não há

revogação, *in casu,* o ato com o representado conclui-se, e há apenas pretensão do outorgante contra o terceiro, pelos danos (art. 159); eventualmente. ato ilícito relativo, se havia relação jurídica entre eles.

A 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 27 de setembro de 1939 *(RT* 124/120). decidiu, e bem, que pela procuração em causa própria não se transmite *o* direito à sucessão aberta. Pela procuração em causa própria, não se transmite qualquer direito: é preciso e basta que se exerça a procura. ou transferindo o procurador a outrem o direito á sucessão aberta (cedendo), ou a si mesmo, conforme mostraremos, mais de espaço, no Direito das Obrigações, ao falarmos de mandato.

2. *Poderes múltiplos.* Os diferentes poderes outorgados no mesmo instrumento tratam-se de per si, como os atos juridicos para que se outorgaram. Pode extinguir-se um, ou extinguirem-se alguns, e os outros, ou outro, não. Pode haver, entre eles, outorgas válidas e outorgas inválidas. Pode extinguir-se o poder externo, e não o interno; ou vice-versa. O que subsiste é exercível. representação é outorgado a alguém; não há transmissão do poder. O outorgado outorga a outrem, em virtude do poder de representação para substabelecer. O

substabelecido fica em relação com o outorgante, e não com o substabelecente, *ainda* que tenha havido reserva de poderes. Diferente do substabelecimento é a suboutorga, em que o outorgado se faz representar por terceiro, que entra em relação somente com ele. Se o outorgado-outorgante tem interesse em que o outorgado seja pessoa de sua imediata confiança pessoal, como se a procuração é em causa própria, há de se entender que sub-outorgou, e não que substabeleceu os poderes. Todavia, casos surgem em que o outorgadooutorgante, sem esse interesse, quis a suboutorga, ao invés do substabelecimento (II. Hupka, *Die k/ollrnacht,* 352). Na terminologia alemã, substabelecimento é *Ersatzhevollmdchtigung,* outorga de poder de representação a substituto; e suboutorga, *Un terbevollmàch tiqung.* Discute-se se o suboutorgado pode, representando o outorgadooutorgante. adquirir ou alienar o que é do outorgante. Pela negativa, A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* III, 411, nota 231); pela afirmativa, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 467). E evidente que não. quando se romperia com os princípios da representação.

No direito brasileiro, o substabelecimento é outorga do poder de representação, se feito sem reserva (a reserva é a substituição

cumulativa: substabelece a D. mas sem E deixar de ter poder). Note-se a cisão. Ao mesmo tempo devemos precatar-nos contra a influência de sistemas jurídicos diferentes. O substabelecimento sem reserva é definitivo e total; o substabelecimento com reserva é parcial (subjetivamente) e tem-se, na *dúvida,* como revogável. Outra coisa é a outorga de poderes de representação feita pelo representante, em que o outorgado representa o representante, não o representado *(e.q.,* procuração que o tutor ou curador passa para atos em que representaria o incapaz).

Se o representante substabelece os poderes, o negócio jurídico entre o substabelecido e o substabelecente não é negócio jurídico do representante consigo mesmo. Nem no é aquele em que os figurantes têm o mesmo representante. Tampouco é negócio jurídico consigo mesmo a criação de letra de câmbio em que o tomador é o sacador ou alguém, representado pelo sacador, que a aceita. A aceitação da letra de câmbio é declaração unilateral, não-receptícia, de vontade.

A morte do substabelecente, ainda que parcial o substabelecimento, não extingue o poder de representação que tem o substabelecido. A morte do outorgado pelo representante tem os efeitos extintivos que teria a morte do representante em relação ao poder que recebeu. Se o substabelecimento foi sem reserva, ou, com reserva, é o caso de não se considerar revogável, só o que outorgou o poder, e não o representante, pode revogar, fazendo-o diretamente, sem se levar em conta ao representante que se afastou da representação pelo fato mesmo do substabelecimento.

4. *Eficácia da* outorga de poder de representaçâo. O fato de se investir do poder de representação é efeito da outorga; esse efeito habilita o outorgado à prática do ato que se tem por fito. Mas tal poder é dependente de ainda ter o outorgante o poder concernente ao ato que se vai, por ele, praticar. Se A outorgou poder de representação a B para vender a casa e, no intervalo, a vendeu a outrem, nenhum ato de A seria eficaz; idem, se houve penhora, arresto ou seqüestro da casa.

O outorgado tem de apresentar o instrumento da outorga ao terceiro, com quem trata, se o ato, que se vai praticar, ou se pratica, é negócio jurídico bilateral ou unilateral, ou ato juridico stricto sensu. Se se cogita do negócio juridico bilateral e houve a aceitação pelo outorgado que não exibiu o instrumento, tem o terceiro de afastar a

incerteza (se houve, ou não, aceitação). O caminho, para isso, é a açâo de *exibiçáo* do instrumento de outorga (Código de Processo Civil, arts. 844, II, e 855), ou a açao de preceito cominatório (Código de Processo Civil, arts. 287 e 461; Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* 1, 163). Cabe, também, a ação declaratória negativa, ou positiva, à escolha do alegante. Nada obsta a que se exerça contra o representante legal, sendo citado o órgão do Ministério Público (K. Hellwig, Anspruch *und Klagrecht,* 360; H. Habicht, Die Vorlegung der L.egitimationsurkunden. *Ju ristische Wochenschrift,* 30, 773: sem razão. G. PIanck.

Komrnentcr, 1, 465; P. Oertmann. *Aliqemeiner Teu,* 538: [-1. Dernburg. *Das Búrgerliche Rccht,* 1, 552, nota 18). Todavia, se a ação é declaratária positiva, tem a autor o ánus de alegaçào e da prova da existência da poder de representação.

O que acima se enunciou sobre o que *se* diz representante também se entende em relação ao núncio (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 469, nota 16). Não se pode exigir outorga de poder ao terceiro que solve a divida (arts. 930 e 931); nem ao devedor que exerce açào cominatária, ou outra meio jurídico, para que o credor pago entregue ao dono o objeto de outrem que garantia a sua divida.

5. *Natureza do poder outorgado e eficácia da outorgo.* Com a outorga de podei de representar. o outorgante não se desfaz dos poderes que tem: outorgou a poder de *representá-lo* no exercício dos poderes que tem (e.g., poder de dispor), ou na prática de atos; não outorgou o poder, de que á titular, nem se inibiu da prática dc ato. Por isso mesmo, a prática do ato pelo representado écomo revogar tacitamente a procuraçâo. se se exauriu a poder dc representar *(e* g., para vender a casa A). Em o todo caso, o terceiro, que ignorava a prática do ata, há de ser tratada como a terceiro de boa-fé que tratasse com o outorgado a que se revogou expressamentc a outorga de poder dc representação, porém que não teve comunicação de tal revogação (cp.

art. 1.318). Assim, se A conferiu a B poder para vender o prédio e, sem revogar o mandato a 13, vende o prédio a C. e B vende a D. ambos os contratos dc venda e compra estão cancluidos: o que primeiro for ao registro cio imóveis obtêm o registro; se apresentadas no mesma dia as escrituras da mesma data, incide o art. 191, com a prioridade pela numeração da prenotaçào no protocolo, se não incidiu

o art. 192, com a prioridade no tempo da lavratura da escritura, ambos da Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973; se as escrituras forem de dias diferentes, o art. 191. O contrato que nào obtêm registro surte os eleitas obrigacionais. com a indenização peio ato ilicito relativa. Se o cuitorgante insere na outorga a cláusula de irrevogabilidade, não ê eficaz a revogação, mas o ato do representado, que pré-exclua, pela prática própria, a rcpresentaçãa, é ato ilicito absoluto (art. 159), que gera o direito e a pretensão do outorgada à indenização, e pode ser infraçào do negócio juridico subjacentc ou sobrejacente entre o outorgante e o cutorgacla. O ato que o outorgante pratica existe como ato juridico, e vale.

Se a procuração é em causa própria, tem caráter patrimonial o poder outorgado em beneficio do procurador: poder ser arrestado pelos credores da procurador (A. von Tubr, *Die* unwiderru *flichen kJoI)rnccht,* 62); entra na massa concursal; pode ser objeto dc execução forçada. Se o outorgantc pratica o ato, comete crimc. Se a ato é eficaz, depende de cada espécie e das suas circunstâncias: se o outorgante do poder in *rem* suam cedeu o crédito, o devedor paga bem se paga ao procurador em causa própria que o notificou, — paga mal, sc paga ao outorgante: se o outorgante vende o prédio a a quem fora comunicada a outorga de procuraçâo cm causa própria, C adquiriu a quem não mais tinha poder de disposição; se B

também vendeu a a transmissão dá-se segundo os principias, portanto a favor de quem se apresentou primeiro, ou. se a procuração em causa própria foi averbada (arg. Lei nº 6.015, dc 31 de dezembro dc 1973.

art. 246. simile ao Decreto rt 4.857, dc 9 de novembro de 1939. art. 285, in *fine),* a favor do procurador em causa própria. Sendo irrevogável a procuração em causa própria, decide-se como acima se disse quanto à apresentação das escrituras. O ata do outorgante ê ilícita absoluto (art. 159), podendo dar-se — e ê provável que se dê — infração mesma de dever au obrigaçào negocial (ato ilicito relativo).

§ 315. Circunstâncias concernentes ao representado e ao representante

1. *Vícios de vontade.* Em princípio, só têm relevância (= somente

entram no mundo jurídico, tornanda anuláveis os atos) os vicios da vontade do representante, porque foi ele quem. podendo não na manifestar, em nome dc representado, a manifestou. Se o representante foi coagido, ou vitima de dolo, ou de erro, claro éque se há de ter o vicio como vicio da manifestação de vontade que entrou no mundo jurídico. O ato jurídico é válido, ainda que tenha ocorrido reserva mental do representante; é anulável, se o concluiu simuladamente. ou por erro, ou dolo, ou violência. Se não houve acordo entre o representante e o terceiro, não se pode pensar em existir o ato jurídico. O que é vontade do representante há de ser interpretado segundo os princípios. Se a manifestação de vontade, pelo representante, não foi séria, não entrou no mundo jurídico. Quanto ao representado, esse somente tem ação fundada no erro do representante se não haveria querido, poro *si,* o ato, se houvesse conhecido o que alega terem ignorado o representante e ele (L. Enneccerus, Lehrbuch, 1, 456).

E preciso. aliás. que o representado tenha interesse na anulação por erro (O. Warneyen Kommentar, 1, 309; contra, J. Hupla, Die klollmacht, 69, nota 1). Se o dolo foi do representante. acarreta o representado com a anulação e pela responsabilidade segundo os arts. 159 e 1.521, III. Tais principios incidem quanto ao mandato judicial; e.g., se o procurador judicial, incidindo em erro, transigiu. Idem, quanto aos síndicos, dentro e fora do concurso; não quanto ao depositário judicial, que não é representante. nem quanto aos oficiais que procedem à penhora, ou ao arresto, ou ao sequestro.

A respeito dos núncios e servidores da posse. não incidem tais princípios (E Endemann, Lehrbuch, 1, 8ª-9ª ed., 399, nota 27).

Na representação sem poder de representação, a pessoa do representante é relevante, para tudo que se refere à sua manifestação de vontade, pretendidamente pelo representado (E. Eck, ⁄orträge, 1, 177; G.

Planclç, *Kommentor,* 1, 440). No mandato sem poder suficiente (= há o mandato, porém não contém o poder de que se trata), não se dá isso (O. Warneyer, Rommentar. 1, 309); daí, os princípios dos arts. 1.305-1.307.

2. Conhecimento e *dever* de conhecer. A pessoa do representante, e não a do representado, é que se há de levar em consideração, quando

se tem de indagar se foram conhecidas, ou se tinham de ser conhecidas certas circunstâncias, que podem ter influído nas consequências da manifestação de vontade. *E.g.,* se houve boa-fé na aquisição a non domino, sendo o representante quem individualizou o objeto. Assim, se o representante estava de má-fé, não seria bastante alegar o representado que estava de boa-fé. Se o representante estava de boa-fé, mas estava de má-fé o representado e individualizou o objeto, a sua má-fé há de ser relevante, porque ele deu ao representante o conteúdo, elucido, da vontade. Se o representante estava de má-fé e tinha a resolução quanto ao objeto, foi ele quem deixou de proceder com lisura, mas nele confiara o representado.

Nesse ponto, discreparam a dominante doutrina alemã e 3. Hupka (Die Vollrnacht, 57). Para esse, não se há de exigir, sempre, a boa-fé ao representante. Entre as duas correntes, L. Mitteis (Die Lebre vou der Ste)Ivertretung, 279-284), na esteira de R. E Canstein (1876), só o exigia quando fosse o representante quem individualizasse o objeto da aquisição. Aduziu ~J. Hupka que a *bona* fides que o ordenamento jurídico supôe não é qualidade da vontade de adquirir, mas requisito subjetivo da aquisição, situado fora do ato aquisitivo; que as regras jurídicas sobre aquisição de boa-fé tutelam a confiança no tráfico. Portanto, se o representante é que está de má-fé, não há de, com isso, prejudicar o representado. A questão merece reexame. A aquisição é pelo representado e a boa ou má-fé é elemento do suporte fático da regra jurídica sobre aquisição instantânea ou sobre usucapião: não temos, no direito privado comum, a regra jurídica Eu *Jait* de meubles possessiou *vaut* titre, mas temos a aquisição dos titulos cambiários e cambiariformes pela posse de boa-fé, e não se poderia dizer que o elemento da boa ou má-fé é exterior ao ato aquisitivo, — é elemento do suporte fático, e entra no mundo jurídico. Portanto, o que acima enunciamos é que é verdadeiro. Quanto à usucapião, é diferente: a mala lides há de se achar no adquirente, porque só se há de apreciar quanto a ele a confiança no tráfico. Por onde se vê que serviços prestaram à ciência os estudos de R. E Canstein, na Grdnhuts Zeitschrift, III, 693 s., de L. Mitteis e de 3. Hupka, e quanto éperigosa a frase lacônica de L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 457 e nota 10), para quem, em todos os casos, se adquire a propriedade a nou domino pela entrega ao representante, se este procedeu de boa-fé. Seria absurdo que A, sabendo que a letra de câmbio tinha sido furtada a C, mandasse B adquiri-la de O, e A adquirisse a propriedade, porque 13 o ignorava. Ora, foi isso o que L. Enneccerus sustentou.

Onde o representado conhecia a verdade, ou não na conhecia mas havia de a conhecer tendo dado poder de representação, ou poder e

instruções, ou só instruções, para se levar a cabo o ato desejado, não basta desconhecê-la o representante para haver qualquer pretensão contra a validade, ou para a ação de redibição ou quanti miuoris. Tem-se aquele como conhecedor da verdade, se estava presente, ou devia conhecer a verdade, pelas circunstâncias, ou foi avisado da próxima conclusão e não providenciou (H.

Rehbein, *Das* Búrgerliche *Gesetzbuch,* 1. 258; H. Dernburg, *Das* Búrger/iche Recht, 1, 551. nota 16). Não incidem tais regras jurídicas em se tratando de representação legal (O. Warneyer, Komnientar, 1, 310).

Vicios de vontade por parte do representado podem entrar em exame se a outorga de poderes mostra que foi a própria outorga que influiu no ato jurídico que se desejava, ou se foram as instruções (no dolo, ou na coação). Divergente, em três grupos. a doutrina alemã (E. Goldmann-H. Lilienthal, Das Búrger/iche Gesetzbuch, 1, 207, nota 17, e O. Warneyer, Kommeutar, 1, 310; C. Crome, Svstem. 1, 468, P. Oertmann.

Allgemeiner TeU, 516. L. Rosenberg, *Stellvertretung* im Prozess. 239 e Fr. Hellmann, Vortrâge, 146; G.

Planclç, Kommeutar, 1, 439).

§ 316. O ato de representação

1. Suporte Jático da representaçâci. Quanto ao suporte fático da representação, os juristas incorrem, às vezes, em equivoco. Dizem, por exemplo, que o suporte fático da representação se íntegra por manifestação de vontade do representante em nome do representado, e pensam que isso se insere no ato jurídico. No ato jurídico, quem figura é o representado. O que o representante praticou foi exatamente o ato com os pressupostos indispensáveis, tais que, a despeito de ser seu, se inserisse como do representado, com eficácia a favor ou contra esse. Se não há representação, o ato é do próprio figurante; se há, o ato, que o representante pratica, passa, desde logo, a ser de outro. (No caso dos órgãos das pessoas juridicas. dos mensageiros e núncios, o ato é do figurante, a despeito da interposição deles.)

2. *Teoria.* As teorias chocaram-se: a) a teoria da representação, segundo a qual o negócio é concluido pelo representante, com eficácia atinente ao representado (H. Buchka, Die Lebre vou der *Stellvertretuug,* especialmente 36; E Regelsberger, Pandekteu. 1, 584; além de muitos outros, A. Briuz, Lehrbuch, 1, 1ª ed., 1.611 5.; P. Laband, Die Stellvertretung, Zeitschrift fúr das *gesamte* Haudelsrecht, 10, 224 S.; R. von Jhering e 13. Windscheid, a despeito de algumas divergências); *b)* a teoria do dono do negócio (GcschàJtsherrutheorie), que considera o ato somente do representado. que do representante se serviu como de instrumento (E von Savigny. System, 3, 90, *Das Obligationenrecht,* II, 42 s. e 59; E Hellmann, *Die*

‚Stellvertretung, 21 s.); c) a teoria da interposição *(Vermittlungstheorie),* em que se afirma que cada um obra até certo ponto, de modo que se perfaz a vontade (L. Mitteis, Die Lebre von der *Stellvertretuug,* 109-126.

131 e 202); d) a teoria da juridicização. Quem quer que preste atenção aos argumentos dos que sustentaram as três primeiras teorias percebe que o direito romano, que não tinha a representação, ainda persistia na mentalidade de todos esses juristas pandectistas. Na doutrina alemã, após o Código Civil, o fato de parecer que se atendera a sugestão de B. Windscheid (Lehrbuch, 1, § 73, nota 16 a) fez os comentadores e tratadistas penderem para a teoria da representação (cf. P. Oertmann, Allgemeiner *TeU,* 501 5.; li. Enoeccerus, Lehrbuch, 1, 455 s.; contra — na corrente de L. Mitteis — C. Crome, Spstem, 1, 456, a A. Wach, *Handbuch,* 564). O problema tem de ser posto e resolvido dentro dos sistemas jurídicos que ultrapassaram o direito romano.

A manifestação de vontade do representante não é a do representado; porque isso seria reduzir o representante ao núncio.

Nem há as duas, emergindo uma da outra. Nem se trata de manifestação de vontade do representante, com eficácia a favor e contra o representado, separando-se a causa e o efeito. O suporte fático, se nele se inseriu o ato de representação, está completo; ao entrar no mundo jurídico, o efeito que se encontra não é o do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto seusu,* em que o suporte fático se tornou, é o efeito do ato de representar, ato que se produziu simultaneamente com o resto do suporte fático, mas, logicamente, antes.

Tratando-se de representação legal, o dado volitívo do representante

legal lá está, como estaria, na representação voluntária, o dado volitivo do representante escolhido. — em ambas as espécies, no suporte fático estão os figurantes necessários à sua composição, embora um deles, alguns, ou todos, insertos *por eficácia* da represeutaçáo, logicamente *prius*.

(Discorremos falando de manifestação de vontade, por ser o mais vulgar. Há representação em comunicações de vontade, de conhecimento e de sentimento. Por onde se vê que a vontade do representante não é mais do que a resolução de representar; nem precisa haver, no ato, conteúdo volitivo.)

§ 317. Exercício do poder de representação

1. *Prática* de ato. No exercício do poder de representação, o outorgado pratica o ato, em nome de outrem e tal ato já se insere no suporte fático, se bem que não fique inserto no negócio jurídico, como ato do figurante. No suporte fático, o outorgado representa; quem se apresenta, já no negócio jurídico, é o outorgante, o representado. Na corretagem, o corretor lança enunciados de fato sobre negócios jurídicos que podem ser concluídos, não os conclui desde logo. O datilógrafo, o advogado, que redige o contrato, o consultor, que dá o parecer sobre o rascunho, ou punctação, o tradutor, que o passa para a lingua em que se deve concluir, são apenas auxiliares: não representam. Se o instrumento do ato é em branco e o que o assinou permite ou ordena a inserção do que o complete não houve outorga de poder de representação. Não representam os órgãos das pessoas jurídicas que têm de ser ouvidos ou resolvem antes de se concluir o negócio jurídico; nem o órgão que aprova a conclusão; nem o órgão que conclui o negócio juridico, ou pratica o ato jurídico stricto sensu.

2. Alcance *do ato de exercício.* O representante exerce o poder em nome do representado. Importa dizer: representar significa praticar o ato, com a declaração de que figurante do ato jurídico vai ser o representado, e não o que pratica o ato. (Os juristas costumam definir o representante como o que atua dando a conhecer que os efeitos do negócio jurídico não se devem produzir para ele, mas sim para o representado. Há, aí, dois erros: primeiro, o que se dá a conhecer não

é fato do plano da eficácia, *efeitos,* e sim fato do plano de existência, figurar no ato jurídico; segundo, nem todo ato em que há representação é negócio jurídico, há representação em atos jurídicos stricto *seusu.)*

O que é portador do recibo entende-se *autorizado* a receber. Não há, aí, outorga tácita de poder: há autorização: o ato do portador é ato do credor Por isso mesmo, se o portador não recebeu poder para receber ou se devia apresentar o recibo mais tarde, o devedor paga bem. porque não há indagar-se da outorga de poder. Somente não paga bem se conhecia circunstâncias tais que elidem a presunção legal fundada no art.

3. Necessidade *da manifestaçâo de vontade.* O representante há de atuar em nome do representado. A vontade dele é de representar e exprime a vontade, ou o conhecimento, ou o sentimento do representado.

exatamente porque exprime que quer representar. Não é preciso que mencione o nome do representado, se não é de exigir-se no ato juridico em que exerce o poder de representação: nem basta a menção. se não se explicita que *se quer* representar o mencionado. De regra, qualquer meio de indicação do representado basta.

Não é preciso que o terceiro conheça o representado: pode acontecer, até. que o representante e o terceiro o desconhecam. Se o terceiro também está representado. épossivel que só os representantes se conheçam.

Algumas vezes, a representação é de pessoa indeterminada, que mais tarde se determine, ou a favor de quem se deposite o apurado do negócio jurídico. Não raro, os efeitos jurídicos, ou, pelo menos, os efeitos mais importantes não se podem produzir antes da determinaçao, por faltar o sujeito do direito (e.g., Código de Processo Civil, art. 1.113, se não se sabe a quem pertence o bem). Sabido quem é o representante, com *ele* é que foi feito o negócio jurídico, eliminada qualquer idéia de retroeficácia ou de retroatividade, aqui supérflua e errônea (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine TeU,* III, 344). A vontade mesma de representar pode ser tácita. ainda que por atos concludentes: pode tirar-se das circunstâncias que o representante obrou em nome do representado (G. Planck, Kommeutar, 1, 432), como se é notório que 13

representa A. ou se ~ é em determinada relação com A, conhecida do terceiro. Aliás, se tais circunstâncias ocorrem, como se 13 é

empregado de A, ou depositário de A. ou pai de A, e 13 quer o negócio jurídico em seu próprio nome, há de explicitá-lo, para se afastar que represente. Se não o explícita, entende-se ter negociado em nome de A. No que concerne aos atos que a mulher casada, no manejo do lar (art. 247), pode praticar, entende-se autorizada (salvo prova de que o terceiro conhece a falta de autorização): nem se deve interpretar a regra jurídica do art. 247 como representação do marido (sem razão. A. von Tuhn Der Allgemeine *Teil,* III. 344), nem como núncio (quase assim. e.g. , A. Manigk, *Das* Auuvenduugsgebiet. 337): obra em próprio nome, presumido, no direito brasileiro, o assentimento do marido. Muitas vezes, o próprio negócio jurídico faz ressaltar que se trata de representação; e tal é o caso dos atos dispositivos: transferindo o que pertence a A, 13 mostra que está a representar.

4. Espécies em *que falta a representarão.* Se B se faz passar por A e atua como se fosse A, crendo o terceiro, C, que o é, não há representação. A não é figurante; figurante é 13. Em vez de atuar em nome de A. 13 faz-se conhecer como A. O negócio jurídico entra no mundo jurídico como negócio jurídico entre 13 e C.

Discute-se isso: *a)* na opinião de alguns, há nulidade e 13 comete crime (J. Hupl□a, Die *Haftung* des *Vc‟rtreters,* 111: G. Planck, Kom mentar, 1. 475 5.; L. Enneccerus, Lehrbuch, 1. 457. nota 1, mas diferente na 39Q ed. de Hans GarI Nipperdey. § 170, nota 1): *b)* outros, na esteira de A. von Tuhr (Der *Allgemciue Teu.* III. 345), entendem que há negócio jurídico entre B e C, que poderia alegar dolo, ou erro quanto à pessoa, sendo que A, estranho ao próprio suporte fático, não pode aprovar, ou ratificar, salvo se houve alienação ou gravame de coisa de A. Se C entendia que lhe era indiferente tratar com B, ou com A. — ou A se apresenta, se seu nome foi usado, ou não se apresenta, e então 13 é que figura. A relação jurídica entre A e 13 é indiferente a C, porque a C podia servir tratar com A ou com 13. Somente nesse sentido é que se pode pensar em escolha ou não-escolha de C quanto à responsabilidade de 13 pelo adimplemento ou pelos danos.

Se a pessoa já havia morrido, o que trata sob falso nome vincula-se (Strucksberg, Handeln fúr nicht existente Personen, *Leipziger Zeitschrift,* VI, 378).

5. Quando *se precisa* conhecer *a vontade* de representar. A vontade de

representar há de ser conhecida no momento em que se perfaz o ato jurídico stricto sensu ou o negócio jurídico. Se tal não ocorre, o negócio jurídico bilateral se concluiu com o que nao fez conhecer-se-lhe a vontade de representar. ou o negócio jurí-

dico unilateral ou o ato jurídico stricto *sensu* partiu do que tratou: salvo indiferença do outro figurante a quem pratique o ato. Em todo o caso, o que praticou o ato — se errou (queria praticá-lo em nome de outrem e fé-lo em nome próprio) — pode pedir a anulação do ato jurídico stricto sensu, ou do negócio jurídico, por erro essencial (art. 88), respondendo, porém, pelo interesse negativo (art. 158). Diferente seria a solução no Código Civil alemão, § 164. alínea 2ª se não se considera tal regra jurídica como simplesmente interpretativa, como, *e.g.* 5. Schlossmann (Die Lehre vou der *Stellvertretung,* li. 344), e A. Manigl

(Vlullenserklàrung. 168), pois estaria excluida a impugnação por erro (G. Planch, *Kornmcntar,* 1, 434; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 450). Até aí não há de ir, no direito brasileiro, o *princípio da franqueza (Offenheitsprinzip),* segundo o qual aquele, que tem a intenção de representar a outrem, e não faz conhecida essa vontade, se expõe a que se tenha como figurante. ainda se lhe assiste poder de representação (cp. art.

1.307). Se a oferta foi dirigida a B e C aceitou, sem dizer que aceitava em nome de 13, nem sempre se há de entender que o negócio jurídico é entre A e 13 (sem razao, O. Warneyer, Kommentar, 1, 307; discordante, A. Manigl. Willeuserklàrung, 572): tem-se de examinar, do lado de A, se incide o *princípio* de indiferença (ou B ou x): fora daí, C aceitou em nome de 13. Não é sem relevância a anterioridade da manifestação de vontade por A, dirigida *a 13.*

Em se tratando de aquisição da propriedade, ou da posse (art. 493. III), a aquisição da posse por intermédio do representante é assente no direito brasileiro (art. 494,11). *ALter,* o chamado constítuto possessório antecipado (antizipierendes Konstitut), que seria a transmissão da posse pelo alienante que ainda não a tem.

O que, sendo representante, deixou parecer ser figurante, pode transferir ao representado o que obteve, se é transferível.

Os mesmos princípios incidem quando ouve erro de transmissão da vontade de representar *(e.g.,* erro de telegrama, ou do núncio). O negócio jurídico perfez-se entre 13 e C, e não entre A e C. 13 pode pedir anulação por erro; não C, nem A. Se, em vez disso, 13 trata em nome de A, quando queria tratar em nome próprio, o negócio jurídico é entre A e C. e não entre Be C, pois que B tinha poderes. Pode A pedir anulação por erro, sem que, com a anulação, fique o negócio jurídico como entre B e C. Tal substituição subjetiva é impossível: a desconstituição judicial apanha todo o negócio jurídico. Dá-se o mesmo se 13 contrata em nome de A, em vez de em nome de D. Tem A a ação de anulação por erro, porque A, e não D. é o figurante.

Se o demandado alega que o negócio jurídico foi em nome alheio, ao autor é que incumbe provar que o negócio jurídico foi em nome próprio (Rémer, Das sog. qualificierte (estândnis, Archiv fOr die civilistische *Praxis.* 62, 160: Fr Leonhard. Die *Beweislast,* 325; contra. L. Rosenberg, Me *Beweislast,* 83). O autor tem o ónus de alegar e provar que alguém o representou no negócio jurídico (G. Planck, Kommentar, 1, 436: assentindo. O. Warneyer. Mm mentor. 1. 306). Tais alegações são concernentes à legitimidade *ad* causam.

O

que acima se expôs também se entende com o representante passivo; de modo que, não tendo de exibir procuração, épreciso que o ato se dirija a ele, como representante *(1* Biermann. Búrgerliches Recht, 1, 261). Outrossim, quanto a atos jurídicos stricto sensu (R. Leonhard, Allgemeiner *TeU,* 299).

6. *Anulabilidade das outorgas de poder*. A anulabilidade das outorgas de poder é uma das matérias mais árduas da teoria da invalidade dos atos jurídicos. O conferimento de poderes é negócio jurídico unilateral e abstrato: no seu suporte fático está declaracão unilateral. receptícia, de vontade. Quanto à sua eficácia, bifurca-se: opera-se quanto ao outorgante e quanto ao terceiro, ou terceiros, com quem o outorgado trata. As causas de anulabilidade sao: o erro ou ignorância (arts. 86-91), o dolo (arts. 92-97), a coação (arts. 98-101), a simulação (arts. 102-105) e a fraude contra credores (arts. 106-113). A ação anulatória dirigida ao terceiro pressupõe que tivesse ocorrido, quanto a ele, causa de anulabilidade, ou que dela houvesse participado. ou a tivesse conhecido, ou a devesse conhecer

Enquanto o outorgado não usa do poder e este é revogável, qualquer alegação de anulabilidade é supérilua: quem pode revogar revoga (= retira a própria *voz);* não precisa de sentenças, que decretem a anulação.

(a)

Anulabilidade por erro somente ocorre: *a)* na outorga externa de poder, se o erro foi no tocante à comunicação sobre o que se outorgou (não no ato jurídico em que foi exercido o poder de representação, ou no negócio jurídico entre o outorgante e o outorgado): *b)* na outorga interna de poder, se o erro foi no tocante ao que se outorgou (não no ato jurídico em que foi exercido o poder de representação, nem na comunicação ao ter ceiro, nem no negócio jurídico entre o outorgante e o outorgado). Ficam de fora: qualquer anulabilidade por erro na comunicação do outorgado ao terceiro, sendo externa a outorga: qualquer anulabilidade por erro na comunicação do outorgante ao outorgado. sendo interna a outorga.

(b) Anulabilidade pelo dolo somente ocorre: *a)* na outorga interna de poder, se o agente doloso foi outorgado, ou se o foi o terceiro, porém somente na medida em que o poder de representação tenha sido exercido perante ele (A. von Tuhr, Der Allgemeíne *TeU,* 111, 390; O. Warneyer. Kommentar, 1, 313); *b)* na outorga externa de poder, se o dolo foi do terceiro. A pretensão e a ação dirigem-se: na espécie *a).* contra o outorgado, ou, se o terceiro participou do dolo, ou o conheceu, ou tinha de o conhecer, contra o outorgado e contra o terceiro: na espécie li contra o terceiro, ou, se o outorgado participou do dolo, ou estava ciente dele, ou devia conhecê-lo, contra o terceiro e contra o outorgado.

(c) Anulabilidade pela coação há: *a)* se o coactor foi, na outorga externa, o terceiro; *b)* se o coactor foi, na outorga interna. o outorgado; c) se o coactor. na outorga externa, foi o outorgado; d) se o coacto~ na outorga interna, foi o terceiro com quem se tratou: e) se o coactor foi outro terceiro (art. 101: “A coação vicia o ato, ainda que exercida por terceiro”). A ação dirige-se, em *a)* contra o coactar e o outorgado que conheceu a coação, ou contra o terceiro, figurante no ato jurídico em que foi exercido o poder de tepresentação.

(d) Anulabilidade por simulação ocorre se com a simulação o outorgante doou a coisa ao outorgado, em vez de conferir poder a

respeito da coisa; mas o terceiro, junto ao qual se exerceu o poder de representação, somente está exposto à eficácia da sentença anulatória se tomou parte na simulação, a conheceu, ou a devia conhecer.

(e) Anulabilidade por fraude contra credores ocorre se os pressupostos dos arts. 106 e 107 se compõem.

A ação dirige-se contra o outorgado, que conheceu a fraude, ou contra o terceiro, em cujo ato lurídico houve o exercício do poden ou contra os terceiros que tenham adquirido de má-fé, ou contra todos.

Decretada a anulação da outorga de poder, é ineficaz (não nulo!) o ato juridico em que se exerceu o poder de representação.

A eficácia da sentença de anulação faz ineficaz, ex tunc, esse ato jurídico. O ato jurídico, em que houve tal exercício de poder, trata-se como o em que houve representação sem poder de representação. Ponto, esse, que merece toda a atençao.

§ 318. Negócios jurídicos do representante consigo mesmo

1. Posição do *problema.* Muito se discutiu se o representante pode concluir negócios jurídicos consigo mesmo, ainda que represente todos os figurantes, em vez de um só, ou se, nessa espécie, isso lhe seria vedado. E a autonegociação, em que se inclui a autocontratação, porque há casos em que a manifestação unilateral de vontade se pode dirigir a si mesmo. Não há principio a priori que se oponha à existência, validade e eficácia de tais negócios jurídicos; nem é contra a natureza dos negócios jurídicos que o manifestante da vontade, em nome de outro, a receba em seu próprio nome, ou em nome de outro representado, nem que o manifestante da vontade, em nome próprio, a receba em nome de outrem, nem há contra-indicação que possam ser mais do que sugestões, em certas espécies de negócios jurídicos, e assaz atendíveis, de iure condendo. No entanto, o negócio jurídico consigo mesmo teve os seus entusiastas, os seus estudiosos vacilantes e os seus inimigos. Cumpre distinguir o contrato do representante consigo mesmo e o contrato consigo mesmo (A compra de A ou vende a A). Aqui. só nos interessa a primeira espécie, por estarmos a discorrer sobre representação; nem a segunda pode merecer estudo

largo, pois existe a impossibilidade *a* priori. Há, ainda, os negócios jurídicos unilaterais, com eficácia no patrimônio ou na situação do manifestante da vontade, que, por definição, escapam à direção ao manifestante. O problema dos direitos contra si mesmo é outro problema, já — na maioria dos casos —no plano da eficácia dos fatos jurídicos.

A Corte de Apelação do Distrito Federal, a 23 de abril de 1918 (Relatório de 1918. 149), assentou que uma pessoa pode representar duas ou mais pessoas. não devendo, na representação de uma, causar prejuízo à outra. *A f* ortiori, representar a uma e tratar consigo mesma.

O direito civil russo, que entrou em vigor no dia 1ª de janeiro de 1923 (Lei de Introdução. art. 1ª) (§ 40) pré-excluiu, de modo absoluto, o contratar consigo mesmo. O Código Civil alemão, § 181, disse: „Um representante não pode, se outra coisa não foi estabelecida, concluir negócio jurídico, em nome do representado, consigo, em próprio nome, ou como representante de terceiro, salvo se esse ato não consiste exclusivamente na execução de obrigação. Aí, proibe-se a autonegociação e a dupla representação, mas a sanção é apenas a de impugnabilidade. No direito brasileiro, não nos poderíamos inspirar em doutrina alemã de hoje: não há, no sistema jurídico brasileiro, a regra jurídica do § 181: a fortiori, a do § 40 da lei russa.

Nada obsta, no direito brasileiro, a que A outorgue poder de representação a B, para que alugue prédio, e B o alugue. Se. com isso, representando a A. cujos interesses são contrários aos seus. B causou dano a A, a discussão está fora da que se ferisse em torno do problema da permissibilidade da autonegocíação: é a da possibilidade de ocorrer ato ilícito, relativo (infração das obrigações do mandato) ou absoluto (art. 159). Dir-se-á o mesmo quanto á *dupla* representação. Alguns juristas põem mal o problema do negócio jurídico consigo mesmo por apreciarem a coincidência subjetiva (fática) no plano da eficácia e falarem de sujeito dos direitos, Ora, o que se questiona é se a mesma pessoa, que é representante, pode ser um dos figurantes do negócio jurídico. Não se há de pensar em direitos e deveres, que são efeitos, nem em sujeitos de direitos, como fazem K. P. E. du Chesne (Das Kontrahieren mit sich selbst. Sàchsisches Archiu fúr Búrgerliches Recht und Prozess. 12. 65) e O. Warneyer (Kommentar. 1, 329); nem se há de discutir a questão no mundo dos fatos, quando ainda se está a compor o suporte fático.

Para Max Romelín (Das Selbstcontrahiren des *Ste/lvertretens,* 24). quem contrata consigo mesmo negocia unilateralmente, não contrata; daí ter-se de saber se existe e vale esse negócio jurídico unilateral. E

evidente que confundiu o plano do suporte fático. que é antes da entrada do negotium no mundo jurídico, e o plano da existência do negócio jurídico, que é no mundo urídico. Para os que entendem ser bilateral o negócio, tem-se de considerar questão diferente a do negócio do comissário, porque ai estão no mundo fático duas pessoas numa só: e nada obsta que considerem possível o negócio jurídico do representante consigo mesmo, porém impossível. conceptualmente, o negócio jurídico do comissário consigo mesmo (e.g., R.

Rámer, Rechtsgeschâft des Stellvertreters mit sich selbst, Zeitschrift fúr *das* gesamte Handelsrecht, 19. 67

5.; Th. Siebert. Kann n. gemeine E. der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren?, 9).

Se há, de regra. colisão de interesses, quando o representante contrata consigo mesmo, não se pode afirmar (sem razão. H. Viefhaus, *Das* Selbstkontrahiren des Ste/Ivertreters, 25); depende da maior ou menor extensão dos poderes, depende de ser oneroso ou gratuito o negócio jurídico, depende de circunstâncias que apontem não se ter preocupado com a pessoa do figurante o representado.

Quem dá poder de representação, torna possível, dentro do *que* outorgou, exercício no interesse do representante, ou do terceiro com quem o representante trate, ou de outro terceiro. Assim, se A deu poderes a B para alugar a casa por x, pelo menos", A pode favorecer a C, ou D, que querem alugar, preferindo C a D, e nada obsta a que a alugue a si mesmo. O próprio representado, sem ter ido até a figurada procuração em causa própria, deixou certo campo de atividade ao representante. Se ele exerce mal o poder, sem infringir o estabelecido, isto é, sem no ultrapassar, o negócio jurídico em que intervenha é incólume a qualquer alegação de inexistência, nulidade ou anulabilidade, ou ineficácia. Pode o representante ser responsável por perdas e danos, se, por exemplo, tendo recebido de C a oferta de x + 1. alugou a casa a D. ou a si mesmo, por x (cf. arts. 1.300 e 1.313). No direito brasileiro, a colisão de interesses só é re/evante nas espécies que a lei aponta. A teoria de Max Rúmelin é falsa; não há por onde se possa ver no contrato do representante consigo mesmo negócio jurídico unilateral: o figurante, o representado, quis, e o

representante, que podia querer dirigindo-se a outrem, dirigiu-se a si mesmo. A representação é no suporte fático. Para que o representado, A, figure no negócio jurídico; o representado figura diante de *alter,* que pode ser C. D, ou B ou B, representante, que é tanto a/ter quanto C ou D. A alteridade verifica-se em relação a A; porque B e A não se identificam, B é *alter.* Apesar dessa evidência, a teoria de Max RUmelín ganhou adeptos fora do seu pais, como li. Barassi (Istituzioni, 131) e René Démogue *(Traité* des Obligations eu généra/, 1, 109). Para a redução do contrato do representante a negócio jurídico unilateral, partiu-se de que as vontades tinham de ser opostas (com a procuração in rem suam também não faria contrato, mas negócio jurídico unilateral, se consigo mesmo) e de que não há dois figurantes nos contratos do representante consigo mesmo, o que é estar-se a falar do negócio jurídico pensando-se no que ficou no suporte fático. O contrato não resulta de que se tenham posto em relação dois patrimónios, nem de que se tenham posto de acordo duas vontades, pelo menos; mas de que haja acordo de vontades entre duas pessoas, permitida, hoje, a representação, que o direito germânico e o romano não tinham.

A argumentação de R. Rômer a favor do contrato do representante consigo mesmo muito serviu a que se repelissem as hostilidades a essa figura. Ficaram fora do alcance dos seus raciocínios os negócios jurídicos do comissário e outros chamados representantes indiretos, bem como de outros negócios jurídicos consigo mesmo, tais como a constituição do bem de família (arts. 70-72; Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, arts. 19-23; Lei n0 6.742, de 5 de dezembro de 1979). Alguns defendem a tese da existência de contratos consigo mesmo pela evolução do direito das obrigações, que teria deslocado das pessoas para os patrimônios a relação jurídica contratual: o que seria relevante seria a diversidade de patrimônio (C. Amo, II contratto con se medesimo, Archivío Giurídico, 1896, 24 s.: L. Gouget, Théorie générale du Contrat avec soi-même, 62 s.). Mas, se bem que a teoria dos patrimônios tenha chegado à precisão a que chegou, com as suas consequências teóricas e práticas, não éverdade que haja alterado o conceito da obrigação contratual a ponto de somente por isso se permitir o contrato consigo mesmo. Não há qualquer impossibilidade conceptual do negócio jurídico dorepresentante consigo mesmo (cf. R. Rômer, Rechtsgeschãft des Stellvertreters mit sich selbst. Zeitschrift 1ª *das* gesamte Handelsrecht, 19, 65 5.: E. Pilou. Essai d"une théorie générale de *la* Représentatiou dans les obliqations, 155 s.). A vida tem mostrado quanto é mais simples e mais rápido comprar o representado a coisa de que precisa, bem como apontado o ridículo de se exonerar o tutor porque o prédio ocupado por ele é de propriedade do incapaz, se

somente ao tutor interessa tal prédio pelo preço fixado, ou afastar da hasta pública, em que se vai alienar o bem imóvel pertencente ao menor, o pai que pode ser o unico interessado ou quem dê mais. Já se pretendeu que, tendo de ser vendida a quota da mulher em prédio em condomínio com estranhos, o marido não pudesse adquiri-la. Estaria ele entre os administradores de que fala o art. 1.133, 1. Ora, administradores, no art. 1.133, 1. são os que administram sem ser por força de lei, isto e, os que em virtude de negócio jurídico têm a guarda e administração de bens.

Na Lei n0 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 154, § 20, *b),* veda-se aos administradores das sociedades por ações tomar por empréstimo à sociedade recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito, sem prévia autorizacão da assembléia geral ou do Conselho de Administração. Regra jurídica cogente. não podem os estatutos dispor diferentemente, ainda que se trate de sociedade de operações bancárias, ou de crédito real. A sanção é a nulidade. No art. 156, *pr,* veda-se ao administrador intervir em qualquer operação em que tenha interesse oposto ao da companhia (colisão de interesses), bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo comunicar-lhes o impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. E

ainda que observadas essas regras jurídicas, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis e equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros (§ 1ª). No § 2ª, dá-se como consequência a anulabilidade do negócio jurídico que infrinja esse § 1ª e como sanção a responsabilidade civil pertinente à transferência para a companhia das vantagens que dele tiver auferido. Responsabilidade por ato ilícito absoluto (art. 159). Não há sanção de nulidade, posto que possa ocorrer nulidade, se incide, também, o art. 154. As regras juridicas do art. 156, §§

V e 22. mostram que se não excluem, a priori, os contratos do órgão da sociedade com a sociedade, pois só se excluiram os empréstimos e se afastou qualquer sanção de invalidade *absoluta (aliter, relativa)* em caso de simples conflito de interesses. (No direito brasileiro. sempre admitimos, nos juízos de partilha, ou de divisão, ou de demarcação, que a mesma pessoa representasse a dois ou mais figurantes ou partes.) 2.

Direito comum. Na doutrina do direito comum — que é a que nos pode servir na interpretação do Código Civil, com os elementos esparsos. quase todos indiretos, desse — R. Rómer (Rechtsgeschâft des Stellvertreters mit sich selbst, Zeitschrift fOr *das* gesamte Handelsrecht, 19. 67 s.), o primeiro a discutir o assunto, 11. Kohler (Gesammelte Abhandlungen, 1, 1 s.). El. Dernburg *(Das* Vormundschaftsrecbt. 2a cd., 204. 3ª ed.. 316 s.; Das Pfandrecht, II, 163 sj, L. Mitteis (Die Lehre vou der *Stellvertretung,* 197 s.), J. Er.

Behrend (Lehrbuch, 1, 344 s.) e C. 5. GrUnhut (Das Recht des Kommissionshandels, 483) sustentaram a admissibilidade do contrato consigo mesmo: A. Bechmann (Der *Nau* ft, 1, 284 s.), R. Lepa (Die Lebre vom Se/bsteintritte des Komrnissionàrs. 230), E. Muskat (Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, *Zeitschrift,* 33, 507 s.) e F. Regelsberger (Pandekten, 1, 545, nota 6, contra a jurisprudência, que cita).

Enquanto E. Eck (recensão na Zeitschrift. 39, 272 s.) era radicalmente contra a admissão (portanto, pela vedação *a* priori), ainda sob o Código Civil alemão, que é hostil, porém não principalmente contra, L.

Enneccerus (Lehrbuch, 1, 3Oª-34ª cd.. 453) reconhecia que a natureza dos negócios jurídicos não se opõe a tais negócios jurídicos em que há representação. Por onde se vê quão exageradas foram as atitudes contrárias. Em 1874, R. Rémer advertiu que a admissão da representação nos sistemas jurídicos, em vez dos expedientes de que se usava no direito romano, importava em se admitir, ou, pelo menos, em se não vedar o negócio jurídico consigo mesmo. De modo que somente na chamada representaçao mediata ou indireta seria de vedar-se. Houve, porém, voz contra a vedação ainda na chamada representação mediata, nomeadamente na comissão mercantil, C. 5. Granhut (Das Recht des Kommissíonshandels, 486), o que aliás repercutiu na jurisprudência. A discussão chegou a especulações sutilíssimas. Alguns entendiam que a presença (?) do representante no suporte fático do negócio jurídico em que se tornasse o figurante ofenderia o princípio (falso) da essencialidade de duas vontades nos contratos (duorum pluriumve in idem placitum et consensus).

Ora, o que énecessário é que dois sejam, um em frente a outro, os figurantes, o que impede que A venda a si mesmo, e não que A compre a B, de que é representante; ou. representante de B e de C, C venda a Bou B

venda a A. A alegação de que poderia haver colisão de interesses

somente seria razão para se redigir lex specialis, ou /ex generalis, proibitiva, não para se sustentar a impossibilidade lógica. conceptual. do negócio jurídico do representante consigo mesmo. Já em 1856. R. von Jhering (Mitwirl□ung fUr fremde Rechtsgeschâft, iahrbúcher fOr die Dogmatik, 1, 347) insistia em que. não admitida no sistema jurídico a representação, o principal está para o negócio jurídico como qualquer terceiro, porém o mesmo não se poderia dizer quanto ao representado, nos sistemas que admitem a representação.

Após o Código Civil alemão. a doutrina do negócio jurídico consigo mesmo parou. As investigações passaram a ser apenas de iure condito, a letra da lei empanou problemas que dizem respeito à admissibilidade *a* puiori, aos fundamentos da admissão e àtécnica legislativa, levando-se para o próprio terreno da crítica doutrinária simpatias e antipatias que a lei suscita contra o que. de ivre condendo, corresponde ou não com elas (e.g., na análise das doutrinas do direito comum, Morris Samson, Das sog.

.Se/bstkontrahiren. 13 s.; ei. Friedíander, Das *soq. Selbst contra* hieren *des* \/ertreters. 10 s.).

No negócio jurídico consigo mesmo, é preciso que o representante pratique o ato como se fosse com terceiro, ou em instrumento em que exerça o poder de representação a favor de si mesmo (A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teil,* 111, 362); ou por notificação no caso em que essa basta (e.g., se trata de poder de representação para ceder crédito); ou mediante lançamento nos livros comerciais; ou atos que importem em constituto possessório, ou brevi *rnanu tradit* ia, como se creditou ao outorgante o preço da coisa, com ou sem comunicação a esse.

3. Regras jurídicas de exclusâo *da* representaçáo e *regras* de nulidade. Os titulares do pátrio poder não podem adquirir bens dos filhos sem que se nomeie curador especial: há colísão de interesses (art. 387).

Quanto a eles não há a proibição do art. 428, li; resta saber se estão incluidos na classe dos

„administradores", a que se refere o art. 1.133, 1. O direito anterior (Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 88,

§ 29, e Reg. nº 834, de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 6q) só se

referia aos tutores e curadores; não aos titulares do pátrio poder Os Projetos de Código Civil (primitivo, art. 1.272; revisto, art. 1.279), na esteira do Esboço de Teixeira de Freitas, art. 1.983. incluíram os pais (Os pais não podem comprar, nem mesmo em hasta pública, por si, ou por interposta pessoa, os bens dos filhos sob o pátrio poder."), mas foi suprimida a regra jurídica inovadora *(Trabalhos,* VI, 380, emenda de Andrade Figueira). Poderia haver dúvida, dado o pouco peso do argumento tirado dos trabalhos parlamentares, se não concorressem contra a inclusão dos pais, a despeito da expressão "administradores" do art. 1.133,1, a linha histórica do direito nacional e o sistema mesmo do Código Civil (cp. arts. 387 e 428, 1 e 111). Assim, os pais podem adquirir, se imóveis, em hasta pública (art. 336); se móveis, partícularmente, nomeado o curador especia]. Nada obsta a que, sem curador especial, o pai represente a outrem, na aquisição em hasta pública, de bem imóvel do filho; nem que represente a outrem na aquisição de bem móvel do filho. Para os adquirir para si, precisaria da nomeação e função do curador especial; não, por exemplo, para lançar por um filho na hasta pública do bem de outro filho. Os pais podem vender aos filhos, se outros descendentes consentem (art. 1.132); não cai sob o art.

1.132 o ato do pai que vende, representando a outrem, ainda que in rem propriam a procuração. Quanto ás doações, apenas importam em adiantamento de legitima (art. 1.171). O representante legal pode ter negócio jurídico com o incapaz, exceto se há colisão nos interesses, caso em que se há de nomear curador especial, isto é, caso em que, *para* o ato, deixa ele, por um momento, de representar. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto ao que assiste aos relativamente incapazes. O art. 387 há de ser generalizado quanto a tutores e curadores e os arts. 413, II, e 453 não são obstáculos à generalização. A respeito dos tutores e curadores somente há as regras jurídicas do art. 428, 1 (não pode adquirir por si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis, ou de raiz, pertencentes ao incapaz, regra em que „particular", que se lê no texto está por "não em hasta pública", aliter, alienar ao menor, o que supõe incidência do art.

387) e do art. 428. 111 (constituir-se cessionário de crédito, ou de direito contra o incapaz); cf. arts. 1.133, 1, e 1.134. A sanção é a nulidade do negócio jurídico (art. 428), ainda que tenha havido autorização do juiz. Se o tutor aliena algum bem ao incapaz não se dá negócio jurídico consigo mesmo; porque teve de ser nomeado o curador especial, que representou o incapaz ou lhe assistiu. Se o tutor representou a outrem (legalmente, ou por outorga de poder), pode dar-se negócio consigo mesmo, se não há colisão de interesses: e.g., se

a pessoa representada pelo tutor ou curador doou ao incapaz. O tutor pode representar ou assistir a outrem se há apenas enriquecimento do incapaz.

§ 319. Sanção, se há lex specialis contrária ao principio de validade

1. Problema de técnica *legislativa.* Assente que existe princípio de admissibilidade do negócio jurídico do representante consigo mesmo, que sofre limitações e restrições, tem-se de saber como se há de tratar a infração á inadmissibilidade quando se trate de limitação (lei) ou de restrição (negócio jurídico). Três soluções exsurgem: *a)* não se dar entrada no mundo jurídico ao suporte fático em que ocorre o negócio do representante consigo mesmo:

b) considerar-se nulo o negócio jurídico do representante consigo mesmo: c) considerar-se impugnável (direito alemão, § 181), ou *anulável* (direito italiano. art. 1.395) o negócio jurídico.

2. *Soluções* de lege lata. No sistema jurídico brasileiro, ou há a validade do negócio jurídico, ou há a nulidade, devido à lex specialis. Não há ratificabilidade do nulo, nem prescrição da ação de nulidade. No direito alemão, interpretou-se a lei, reduzindo-se a sanção à impugnabilidade, conforme L. Enneccerus (Lehrbuch, 1, 454, desde a 9 cd.), E. Hôlder *(Kommentar.* 381), i. Hupka (Die *Iollmacht,* 341 s.), Elad (na 45 ed. do Kommentar de G. Planck, 483 s.). e Konrad Cosack (Lehrbuch, & ed., 377. desde a 5ª edà; contra os que sustentavam ser nulo o negócio jurídico, ou por haver a expressão não pode‟ no § 181 ou por outros argumentos. H. Rehbein (Das Búrgerliche *Gesetzbuch.* 1, 225), á. Kohler *(Lehrbuch.* 1, 497), E Endemann (Lehrbuch, J, 8ª-9ª ed.. 400, nota 31). Compreende-se que, pondo-se o principio de vedação com certa generalidade, se cogite de atender a que a validade pode ser melhor para o representado e a que se poderia ter pré-elidido a incidência da regra jurídica do § 181, *dispositiva.* No direito italiano de agora. art. 1.395, também há regra jurídica no plano da validade, não para se estabelecer a nulidade do negócio jurídico consigo mesmo, mas a anulabilidade: E annullabíle ii contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di unaltra

parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto deI contratto sia deterrninato in modo da escludere la possibilitã di conflítto dinteressi.‟ No direito brasileiro, tem isso menos peso, uma vez que as espécies de vedação dos atos consigo mesmo são em pequeno número.

Se o comissário contrata consigo mesmo, não há pensar-se em contrato de representante consigo mesmo: contrataria consigo mesmo sem ser representante, o que se chocaria com o principio da dupla figuração no contrato (sem razão, sozinho, C. 5. Grúnhut, Das Recht *des* Kommissíonshandels, 486: cl. H.

Viefhaus, Das Se *lsbstkontrahiren* des *Stellvertreters,* 5 s.: A. Cohen. Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters. 13 s., Walter Sprinz. Das Selbstkontrahieren des *Vertreters,* 39 s.: G. Schaps, Das Selbsteintrittsrecht *des* Kommissionàrs. 3 s.). *Aliter,* quanto aos corretores (R. Salmann. Die *duplex* persona.

Zeitschi-ift [ir das gesomte Handelsrecht. 41, 371).

§ *320.* Eficácia do exercício do poder de representacão

1.

Eficácia *quanto ao* representado. Praticado pelo representante o ato que o representado tinha por fito, a eficácia de tal ato é direta e exclusiva quanto a esse, e não quanto ao representante. O representante só esteve presente ao suporte fático, representando o dominus: no ato jurídico (plano da existência) e quanto aos efeitos (plano da eficácia), só o representado figura. A omissão quanto ao nome do representado é inoperante se as circunstâncias o mostram. Se ao representante se faz manifestação receptícia de vontade, dá-se o mesmo: no plano da existência e no da eficácia, receptor foi o representado, e não o representante. Se para o ato não *podia* haver poder de representação, o ato é nulo, por força do art. 145, II. Não se confunda com a falta de representação, se poderia haver representaçao.

2. *Validade dependente do* representado e do representante. Os

pressupostos para a validade da outorga de poder de representação são de atender-se para que o ato jurídico do representado seja eficaz. Se o louco passou procuração e foi feito o negócio jurídico. o negócio jurídico é ineficaz porque o figprante é ele. Se o relativamente incapaz passou procuração e foi feito o negócio jurídico, é esse anulável, se para esse negócio jurídico era preciso assistência do titular do pátrio poder, tutor, ou curador. Mas o negócio jurídico da outorga pode. ele mesmo, ser nulo, ou anuLivel, por falta de pressuposto de validade no representante. com repercussão no negócio jurídico, ou outro ato jurídico, que se queira. A doutrina discutiu, por muito tempo, cada uma das espécies de nulidade ou anulabilidade pelas causas ligadas ao representante, e já tratamos do assunto.

A outorga *nula* faz ineficaz o ato jurídico que se praticou. A *anulada* estabelece a ineficácia do ato jurídico que se praticou. Se a outorga havia de ser por instrumento público, não se pode pretender que valha o ato jurídico em que foi exercido, sem ter havido instrumento público de outorga, o poder de representação.

3. Atos jurídicos stricto sensu, negócios jurídicos *unilaterais* e *falta de poder de* representação. Se a representação sem poder cabe, em se tratando de atos jurídicos stricto sensu e nos negócios jurídicos unilaterais, é questão que merece atento exame. Primeiro, não há qualquer regra jurídica, no sistema jurídico brasileiro, que considere nulo o ato jurídico em que o representante em tais atos jurídicos não tenha poderes.

O problema pertence ao plano da eficácia. Não há, sequer, no direito brasileiro, regras jurídicas como as do §

180 do Código Civil alemão, principalmente a da alínea 1ª. Tratando-se de atos processuais. era sempre possível a caução de *rato* (Código de Processo Civil de 1939, art. 110; *aliter,* no Código de 1973, art. 37, 3ª

parte). ainda para interpelações ou intimações. Em princípio, as manifestações de vontade e as comunicações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, recepticias, podem ser feitas por intermédio de representante sem poder de representação, mas somente são eficazes se o que as recebe não se opõe ao ato do representante sem poder de representação, ou se está de acordo em que o representante atue sem poder de representação, e o representado se dá como ratifícante. Quem atribuiu efeitos sofre-os; os

efeitos contra o representado dependem da ratificação por ele. O destinatário pode estabelecer prazo ao representado para a ratificação. Se não conhecia a falta de representação, a ratificação impede que se oponha, alegando a falta já suprida. Se não ocorre a ratíficacão. responde o representante que atuou sem poder de representação corno responderia se se tratasse de negócio jurídico bilateral. A oposição do destinatário é declaração de vontade de não concordar com a falta de poderes para atuação, se antes não concordou com ela (aquiescência.

Einverstàndnis). Não temos a Zu *rúckweisung,* o rechaço ou pós-oposição, que foi introduzida no direito alemão (O. Plancl, Kommentar, 477), sem se atender a que tal pós-negativa premia a falta de atenção ou leviandade do destinatário (com razão, ainda no direito alemão, mas sozinho, P. Oertmann, Der Allgemeiner *Teil,* 552). Os princípios gerais do direito brasileiro repelem a solução da doutrina que se tornou dominante no direito alemão.

Se o ato foi dirigido a representante sem poder de representação, a eficácia contra o representado depende da ratificação e a eficácia contra o que dirigiu o ato fica pendente, podendo o que praticou o ato, se não conhecia a falta de poder de representação, revogar a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade. de conhecimento, ou de sentimento, enquanto não se dá a ratificação, ou. se conhecia, ou não, marcar prazo para a ratificação, com caráter cominatório de se considerar não-ratificado. O representante sem poder de representação somente é responsável, se se disse ou procedeu como representante. Não há invalídade, se tal ocorre; pode haver ineficácia.

Quanto às manifestações de vontade não-receptícias, a subscricão de títulos ao portador, de títulos cambiários e cambiariformes pode ser com a assinatura de representante sem poderes, como os outros atos pertinentes a ele (endosso. aceite, aval). A ratificação é possível; e tudo se passa como a respeito das manifestações de vontade receptícias. Por isso, compreende-se que a despeito do § 180, alínea 1ª, do Código Civil alemão („No negócio jurídico unilateral, é inadmissível a representação sem poder de representação"), i. Hupka (Die *Haftung des* Vertreters ohne Vertretun *gsmacht,* 122 s.) haja aberto exceção para a criacão de títulos ao portador e a aceitacão da herança. No direito brasileiro, há caução de rato para a própria aceitação de herança, renúncia, impugnação da renúncia e revogação da aceitação (arts. 1.581-1.590).

Quanto à oposição ou discordância por parte daquele a quem se dirige o ato do representante sem poder de representação, ou do que se dirige ao representante sem poder de representação. ao saber da falta de poder, não se discute se pode ser tácita; mas discute-se se a inatividade ou o silêncio basta para se induzir concordância (afirmativamente, Th. Kipp. em B. Windscheid, Lehrbuch, 1, 9ª ed., 373; negativamente, P.

Oertmann, Allgemeiner Teil, 552; E. Riezler, *J. o.* Staudingers Kommeutar. 1, 661). Não há resposta *a* priori, — depende das circunstâncias.

Nas manifestações de vontade não-receptícias e nas comunicações de vontade, de conhecimento ou de sentimento nãoreceptícias. o momento em que se verifica se o representante tinha poderes (inclusive em caso de excesso, ou de terminação) éaquele em que elas entram no mundo jurídico; portanto. em que têm ou poderiam ter efeitos. Nas manifestações de vontade, ou nas comunicações de vontade, conhecimento, ou sentimento, recepticías, aquele em que chegam ao destinatário; portanto, faltam poderes se acabaram entre a manifestação ou remessa e a chegada (recepção). Nos negócios jurídicos bilaterais, o momento em que se apura a existência do poder de representação é aquele em que a aceitação conclui o negócio jurídico (cf. arts.

1.081- 1.086).

Se, como se tivesse poderes, o representante pratica, em nome do representado, o ato jurídico, tenha ou não prometido ratificação, há estado de pendência: ou o dono do negócio ratifica o ato, ou não no ratifica: se vem a ratificar, responde como se para o ato jurídico houvesse outorgado poderes, — dai o dever de não frustrar, no intervalo prudencial, o que teria nascido se tivesse havido poderes (ao que alguns juristas chamam, sem razão, pré-efeito). Tratando-se de atos de aquisição de imóveis, ou o registro foi feito e o representado adquiriu, pois não há aquisição, sob *condição suspensiva,* da propriedade imobiliária, ou não foi feito. Se foi feito, a ratificação atinge o negócio jurídico consensual; se não houve ratificação, é preciso que se promova a retificação do registro, se ainda é possível. Se o devedor paga ao representante sem poder de representação, versão houve, mas a existência de solução depende da ratificação, porque, faltando o poder de representação. faltou a causa *solvendi:* se não sobrevém a ratificaçao, a prestação foi sem causa, e nasce ao

devedor a ação de repetição pelo pagamento injustificado: ou nasce ao próprio representante se estava no caso dos arts. 930 e 931, mas ressalvou que pagava em nome do devedor.

4. Pendência de *eficácia.* Se alguém atua como representante sem ter poder de representação, inclusive se recebe a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento de outrem, o ato entra no mundo jurídico, pendendo a sua eficácia. Enquanto o representado não se manifesta, repelindo a representação, ou ratificando, o ato permanece no mundo jurídico, é ato jurídico em cujo suporte fático há a *dúvida* sobre representação sem poder de representação; donde ser, até que o representado se manifeste, ineficaz contra ele, sendo eficaz contra o outro figurante, pendentemente. Não se pode pensar em nulidade: tudo se passa no mundo fático, em que está o suporte fático do ato jurídico, e no plano da eficácia.

Parece-se com o ato jurídico condicionado (cf. L. Mitteis, Die Lehre vou der *Stellvertretung,* 205 s.), porém não é, de modo nenhum, ato jurídico condicionado. Um dos figurantes ou o único figurante está indicado, até que ratifique ou repila o ato jurídico: com a ratificação, o ato jurídico permanece, com a sua eficácia própria (Ratihabitio mandato comparatur), — não se vai ao passado, juridicizar, só então, o suporte fático, como parecia a C. G. Wächter *(Handbuch,* li, 682); com o repelimento (= não ratificação), há somente o ato jurídico do representante sem poder, que pode gerar a responsabilidade específica, como ato contrário a direito, ou o ato jurídico dirigido sem atingir o destinatário, se pelo representante sem poder foi recebida a manifestação de vontade ou a comunicação de vontade, conhecimento ou sentimento. Sem a ratificação, o ato jurídico não tem qualquer eficácia, porque não se pode invocar a inserção alternativa do representante no lugar do representado, nem, a fortiori, a inserção normal dos que querem para si os efeitos: o representante nada quis para si.

O dever e obrigação de ressarcimento dos danos são derivados da promessa de ratificação, da garantia prestada pelo representante, ou de assunção de responsabilidade pessoal (e.g., art. 1.306). O que foi posto ou se pôs em contacto com o representante sem poder de representação não pode pretender que o representante sem poder lhe responda como se com ele houvesse sido o ato jurídico (a opinião contrária de L. Mitteis, Die *Lehre von der Stellvertretung,* 156 s., para o

direito romano, não foi demonstrada por ele), tanto assim que, em direito romano, somente cabiam a acho dou e a actio legis *Aquiliae.* No direito comercial brasileiro, se o mandato é mercantil, tudo se passa como em direito civil, se civil o mandato: os arts. 1.331-1.345 incidem, por força do art. 163 do Código Comercial: "Quando um comerciante" — leia-se "um representante" —

„sem mandato, ou excedendo os limites deste, conclui algum negócio para o seu correspondente, é gestor de negócio segundo as disposições da lei geral; mas, se este for ratificado, toma o caráter de mandato mercantil, e entende-se feito no lugar do gestor." Não há, no direito brasileiro, o art. 55 do Código Comercial alemão que deu ao outro contraente a escolha entre ser indenizado pelo representante sem poder de representação ou exigir-lhe o adimplemento, Isso não quer dizer que esse não possa ser, pela interpretação da garantia, o conteúdo do que se prometeu.

Quanto ao direito cambiário e cambiariforme, há o art. 46 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que é *lex* specia *lis:* "Aquele que assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado." Fora daí, a responsabilidade é pelo ato ilícito absoluto (art. 159).

5. Promessa de ratificação em caso *de* falta de poder. No caso de prometer o representante ratificação do outorgante, por lhe faltar, em algum ponto, poder de representação (e.g., art. 1.306), não se pode dizer que se tenha responsabilizado pelo negócio jurídico, nem que se obrigou em seu próprio nome (art. 1.307). A promessa de ratificação não é responsabilização em garantia (responsabilidade pelo cumprimento do contrato), — é promessa de ato alheio: a responsabilidade pessoal pelo contrato (art. 1.306, *verbis* "se responsabilizou pessoalmente") é garantia; a solidariedade é outra figura jurídica; outra, ainda, a responsabilidade exclusiva do art. 1.307. Se há ratificação, os vícios de vontade e o conhecimento de circunstâncias que podem influir são apreciados na pessoa do representante; todavia, podem ser apreciados na pessoa do representado nas mesmas espécies em que poderiam ser se o poder de representação tivesse existido. A distincão entre negócios jurídicos sobre certa coisa, que o representado conhece. e série ou grupo de negócios jurídicos, que A. von Tuhr (Der Allgemeine Teil, III, 442) admitiu, não pode ser tida como de regra jurídica; embora possa ter,

na apreciação dos fatos, alguma relevancia, A pessoa jurídica que ainda não havia se constituído pode ratificar, ao exsurgir, o ato do órgão sem poderes. E o que ocorre, de regra, em atos preparatórios para a constituição de sociedades, ações e fundações. Também pode o curador do nascituro ratificar o ato em que o representante dos herdeiros representou a esses, ignorando a existência da concepção.

A ratificação do poder de representação é negócio jurídico não formal, irrevogável; pode-se manifestar tacitamente, salvo se para o ato jurídico foi preciso instrumento público, ou particular, segundo o *princípio* de simetria, *pelo* menos, das formas.

6.

Eficácia *da* ratificação. A eficácia da ratificacão é ex tunc. Por isso mesmo, se foi registrado o titulo de aquisição, qualquer alienaçao feita no intervalo é ineficaz para o registro. razão por que aquele que aliena como representante sem poderes tem de providenciar para que o representado ratifique, ou não. e pedir a retificação do registro. Se o registro não foi feito, pode o representado, que ratificou, promover o registro; todavia, se outrem o procedeu. os efeitos do negócio jurídico, que ratifique, são apenas pessoais. Quem alienou, por intermédio de representante sem poderes, se vincula, enquanto se escoa o prazo para ratificar.

ou não; e esse prazo, se não foi marcado, tem de ser por notificação ao dono do negócio, com a cominação.

Depois de haver concluído o negócio jurídico sem poder de representação. não pode o representante revogar, alterar ou substituir o negócio jurídico, ou distrotá-lo (cp. art. 1.099. analogia que se impõe), salvo cláusula expressa. Se o representado conclui negócio jurídico com o terceiro, que torne supérfluo, para esse, o em que exerceu o poder de representação quem não no tinha entende-se que não ratificou a esse (cp. i. Hupka, *Die Haftung des* \/erti-eters ohne Vertretungsmacht, 168). No direito brasileiro, o que conclui negócio jurídico com representante sem poder não pode revogar; tem de dar prazo ao representado pelo representante sem poderes para que se manifeste, ratificando, ou não. A solução é mais acorde com a ciência do que a solução alemã; pois já nasceu ao representado o direito formativo gerador e a revogação iria ferir esse direito, contra o principio de que ninguém se pode desvincular se a lei não no permite, excepcionalmente. Não temos o §

178 do Código Civil alemão. Enquanto esse direito existe, o terceiro, contraente, está vinculado.

Para deixar de ratificar, ou para ratificai; é livre o representado, ainda que o representante tenha obrado como convinha aos interesses do representado e como seria a sua presumível vontade, Daí, se não houve estipulação de pagamento, pode ser marcado, a pedido do terceiro, ou do representante. Se, entre o representante sem poder e o representado havia relação jurídica subjacente, ou se ocorreu relação jurídica sobrejacente. de que se irradiou o dever de conferir o poder, ou de ratificar, tem o representante a pretensão à outorga de poderes ou à declaração de ratificação, com a ação do art. 641 do Código de Processo Civil, podendo mesmo ceder ao terceiro com que tratou, a pretensão e a ação (A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* III, 444).

7.

Qual a fonte da eficácia em caso *de* ratificação. Pergunta-se: 05 efeitos são do ato jurídico, em que houve a representação sem poderes. ou da ratificação, que é outro ato jurídico? As alusões à retroeficácia, à retroatividade, ou à retrotração. são responsáveis pelo problema que não foi, em verdade, posto em termos rigorosamente científicos. Na L. 25, in *fine,* C.. de donationihus inter virum et uxorem. 5, 16, (liz-se: „sícut et alias ratihabitiones negotiorum ad ilIa reduci tempora oportet. in quibus contracta sunt. nec in ceterum subtilem divísionem facti vel iuris introduci posse". No texto justiníaneu. apenas se diz que as ratificações de negócios a de que se tratava e as outras — devem referir-se ao tempo em que os negócios se concluíram (contracta sunt): e repele, daí por diante, a sutil divisão do fato ou do direito **(?).** Na L. 7, *pr.,* C., *ad* senatus consultum *Macedonianum,* 4, 28, outro texto justinianeu se referiu ao empréstimo feito pelo filho, em nome do pai, sem poder de representação. e frisou ser preciso (necesse eM) que a ratificação pelo pai não seja diferente do mandato do pai se tivesse sido outorgado desde o começo: segundo a nova lei, toda ratificação retrotrai em quaisquer casos *(generaliter)* e confirma o que inicialmente se fez: **...** generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur ei confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt". O que se enunciava era a ida ao suporte fático, para ser completado, pois o negócio já entrara no mundo jurídico: a ratificação é para o ato do representante; não para o negócio: entende com o suporte fático, não com o ato jurídico, cuja eficácia desfavorável — à semelhança do que ocorre com a condição —

depende disso. O texto justinianeu refere-se à discussão que havia e resolveu segundo melhor pareceu ao imperador Antes, havia os que consideravam o ato jurídico nascer com a ratificação, indo essa ao passado enchê-lo e dar-lhe a data. Na L. 24, pr, D., ratam rem haberi *et de ratihabitione,* 46, 8. Africano exigia que a ratificação atendesse à admissibilidade dos efeitos ao tempo de se ratificar (cf. Marcelo, na L. 5, *pr.,* D., quis ordo in possessionibus servetur, 38, 15, e Africano, na L. 25, 46, 8); mas, na L. 71, §§ 1 e 2. D., de solutionibus *et liberationibus,* 46, 3, Celso, e, na L. 58, § 2, Ulpiano já raciocinavam como depois o texto justinianeu assentou. Nada ficou das tentativas de Cujácio. a propósito da L. 25 de Africano, de C. Búchel *(Civilrechtliche* Erórterunqen, 1. 74), E. Fein (Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz *der* Freisprechung naturaliter ***obligirt,*** archiv fúr *die* ciuilistische *Praxis.* 26, 179 s.). A. Brinz (Lehrbuch. 1, 1622), Er. Hellmann (Die *Stelluertretung,* 142 s.) e L. Mitteís (Die Lehre *von* der *Stellvertretung,* 160 s4.

Nos nossos dias, tem-se de repelir o que afirmaram Africano e Marcelo (cf. E. Zimmermann, *Die* Lehre vou *der* Stellvertretenden Negotiorum Gestio, 256; especialmente. O. Karlowa, Das *Rechtsgeschàft* und *seiue WH-kunq,* 61 s.).

A ratificação (não se confunda com a ratificação do ato anulável, arts. 148 e 149) faz do ato do que se precipitou ato de representante. Sem ela, não teria eficácia o ato jurídico quanto ao que foi representado sem ter poder o representante.

8. Responsabilidade do representante sem poderes. Quando o ato jurídico foi praticado por alguém, que representou o dono do negócio, sem ter poderes de representação, há responsabilidade do representante perante o terceiro: *a)* se esse não conhecia os poderes outorgados (cf. art. 1.306, uerbis depois de conhecer os poderes"); *b)* se o representante lhe prometeu ratificação; c) se o representante se responsabilizou pessoalmente (cf. art. 1.306). Se o terceiro sabia que o representante não tinha poderes. nem esse lhe prometeu a ratificação pelo dono do negócio, nem se responsabilizou pessoalmente, nem garantiu, e.g.. se B

apresenta a C a carta de A, mas deixa ao critério ou à interpretação de C a solução quanto a considerá-lo, ou não, como investido de poderes «.1. l-iupka. *Die Haftung des* Vertreters ohne Vertretungsmacht, 181 s.), o ato do representante não gera responsabilidade (= não foi contrário

a direito, porque o terceiro admitiu, sem ser enganado, que o representante podia representar. embora sem poderes). Se o representante tem de responder ao terceiro e se os deveres e obrigações nascidos do ato jurídico podem por ele ser adimplidos. a reparação consiste nisso, satisfeitas, porém. as exigências de garantia (e.g.. fiança) que forem necessárias, quanto a ele, embora não no fossem quanto ao representado. O credor não pode exigir o cumprimento pelo representante se esse não se pôs alternativamente como figurante do ato, ou não se obrigou a ato igual (promessa de manifestação de vontade). A indenização não consiste em prestar o que o representado prestaria ao terceiro se esse houvesse ratificado o ato do representante. porque, se assim fosse, poderia o representante exigir do terceiro o que teria de prestar ao representado. A reparação é pelo dano, que sofreu, pelo fato de não se ter eficacizado, quanto ao representado, o ato jurídico; porém não pode o representante alegar, para diminuir a sua responsabilidade, a insolvência do representado (cf. art. 1.092, alínea 2L~). A indenização é em dinheiro; compreende o interesse positivo; abrange tudo que resultaria de lucros ao terceiro se a ratificação houvesse ocorrido. Se cabe a escolha entre entregar o que o representado entregaria, ou indenizar, o representante exerce direito alternativo, a respeito do qual incidem as regras jurídicas dos arts. 884-886. Nada obsta a que se estabeleça a eleição pelo terceiro. mas, ai, á a alternação implica possível inserção do representante no ato jurídico em que representou sem poderes; se não ocorre, incide o art. 887. O

que tem direito de eleição, e nao no exerce, expõe-se a ser-lhe marcado prazo, com a cominacão de se transferir ao que o marcou o direito de escolha. Exercido o direito de escolha, tem de ser cumprido o que se escolher, por ser irrevogável a comunicação de vontade. Se foi o representante, que preferiu o cumprimento, pode esse pedir o que o terceiro teria de prestar, ou ir com a exceçao de contrato inadimplido (art. 1.092.

alínea lª.

Se o representante ignorava que não tinha os poderes, seria injusto exigir-se-lhe prestar o interesse positivo: o terceiro somente pode exigir o interesse negativo.

O representante não é responsável: *a)* se o terceiro conhecia a falta de poderes e não exigiu promessa de ratificação. nem responsabilidade pessoal. nem inserção alternativa ou subsidiária; *b)* tratando-se de

representação legal, se o poder não podia ser conferido (1. Hupka, Me *Haftunq des* Vertreters ohne Vertretungsmach. 198), uma vez que o terceiro tinha de conhecer a lei; *c)* se o maior de dezesseis e menor de vinte e um anos, sem suplemento de idade, representou, conhecendo o terceiro a idade dele (arg. ao art. 155).

§ 321. Cessacão do poder de representação

1. Extinção do poder de representação sem fundo. Chama-se poder de representação *fundado* (fundierte Vollmacht) o que tem por base outra relação jurídica, de que dependa e lhe haja dado ensejo. Alude-se, assim, ao negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Sem fundo é o poder de representação que não deriva de relação jurídica subjacente ou sobrejacente. Extingue-se o poder não fundado de representação: *a)* se já exercido, exaustivamente; *b)* se sobrevém impossibilidade de exercício: c) se resulta do seu conteúdo; *d)* na *dúvida,* com a morte do investido do poder de representação; *e) na dúvida,* com a incapacidade do investido do poder de representação; fi com a revogação, se revogável. Não pela morte do que outorgou (L.

Enneccerus, *Lehrbucb.* 1. 471; contra, sem razão. Heldrich, Die Celtung der Vollmatch nach dem Tode des Vollmachtgebers, Jherings *Jahrbúcher,* 79, 325). O poder de representação, se fundado, somente se extingue pela morte, ou incapacidade do outorgante, se a morte ou incapacidade dele extingue o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente; porque, aí, a extinção é à semelhança da impossibilidade do ato que se desejava ou do exaustivo exercicio do poder de representação. Assim, o poder de representação para o registro no registro de imóveis não se extingue pela morte ou incapacidade do outorgante (L. Enneccerus, Lehrbuch, 1, 470, nota 7; G. Planclç, Rommentar, 1, 456); nem se precisa provar que nao se extinguiu (sem razão, á.

Mupka. Die \/*ollmacht,* 383: E. Hôlder Kommentar, 1, 364). Se o outorgante perdeu a qualidade que lhe dava o poder de outorga, com esse fato extinguese o poder de representação que conferira (e.g..

inventariante, testamenteiro, síndico). O poder de representação. que a mulher solteira, ou viúva, conferiu, não se extingue se ela se casa, salvo se poder de representação fundado e o casamento extingue o

negócio jurídico subjacente ou sobrejacente, e.q., o mandato. Mudanças na pessoa do representante legal não atingem o poder de representação que ele outorgou a alguém (O. Warnever. Kommentar, 1. 316). O sub-poder de representação extingue-se com o poder de representação. Não o substabelecimento. Não há denúncia da outorga de poder de representação sem fundo; a denúncia somente poderia ser, conforme se dá no art. 1.316, 1, 2ª parte (onde „renúncia“ é erro de terminologia), do negócio jurídico subjacente. ou sobrejacente, por ser fundado o poder de representação (G. Planck, Kommeutar, 1, 453). A revogação extingue o poder de representação desde quando começa a sua eficácia perante o outorgado. O poder de representação pode ser outorgado, irrevogavelmente. ou tornado irrevogável. se a irrevogabilidade não importa em ser ilícita ou impossível a outorga (art. 145, II). A revogação da outorga irrevogável de poder de representação é ineficaz (A. von Tuhr. Der Allgemeine *Teil,* III, 410). Não é acertado dizer-se que é nula. ou anulável; ou que não entra no mundo jurídico. A manifestação unilateral de vontade. receptícia, de que resulta o poder de representação. dirige-se ao outorgado ou ao terceiro. E insustentável a opinião de O. Lenel (Stellvertretung und Vollmacht, Jherings Jahrbticher, 36, 30), que só exige a recepção pelo terceiro; bem assim a dos que exigem a recepção pelo outorgado e pelo terceiro. se esse teve conhecimento da outorga (P. Oertmann, Allgemeiner *Teu,* 529; L. Rosenberg, *Stellvertretung* im *Prozess,* 723). Toda a discussão assenta em confusão: a outorga é manifestação de vontade dirigida ao outorgado ou ao terceiro; o efeito de extinção é contra o outorgado e contra o terceiro, porque o poder de representação também existe antes de conhecê-lo o outorgado. O mandato éque precisa ser comunicado ao mandatário e isso basta para que o extinga; foi para se protegerem os terceiros que se redigiu o art. 1.318, peculiar ao negócio jurídico subjacente. O outorgante revogou (suporte fático9, mas a revogação entra no mundo jurídico com as notificações, em duas setas, uma dirigida ao outorgado, outra aos terceiros.

Na L. 34, § 3. D., *de* solutionibus et Iiberationibus, 46, 3, Juliano diz que, se eu houvesse posto a Tício á frente de todos os meus negócios. e depois houvesse vedado, ignorando-o os devedores, que administrasse meus negócios, liberados ficariam os devedores, pagando a ele; porque se entende que o que põe a alguém à frente dos seus negócios lhes manda também aos devedores que paguem ao procurador. Adiante, na L. 51, tem-se de Paulo: ao administrador, que, ignorando-o o devedor, foi removido da administração, paga-se bem, porque se lhe paga por vontade do dono (do negócio): se o que paga ignora que foi mudada, fica liberado. Paulo alude ao suporte fático (verbis “ex voluntate“). Os

dois textos só se referiam a solução de dívida; não aos negócios jurídicos (cl. L. 41, D., de rebus creditis, 12. 1, aliás interpolada). Quanto á nomeação de institor. L. 11, § 2-5, D., de institoria actione, 14, 3 (interpolada). Aliás, não se tratava de representação.

No direito comercial, o art. 159, alínea lC, exigia o registro da revogação do mandato com poderes gerais; mas tal exigência caiu em desuso, sem grande repercussão, porque "a falta do registro", disse o art.

159, 2ª alínea, apenas "estabelece a presunção da validade dos atos praticados pelo mandatário destituído".

Portanto, o mandato é que se extingue pela revogação, mas a eficácia para a extinção do poder se presume.

Entra. aí, a proteção da boa-fé, segundo os princípios do direito civil (art. 1.318).

A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 20 de janeiro de 1942 *(RF* 90/446), decidiu que a procuração irrevogável pode ser revogada, prestando o outorgante perdas e danos. O absurdo é gritante. A manifestação de vontade irrevogável não pode ser *eficazmente* revogada; se o manifestante a revoga, o seu ato jurídico é ineficaz. O outorgado pode exercer o poder de representação. Se o outorgante praticou, de si só, o ato, sim, responde por ato ilícito absoluto; ou, se há mandato, por ato ilícito relativo, pois infringiu cláusula do contrato de mandato. Também a 1ª Câmara, a 10 de maio de 1943 *(RF* 95/600), entendeu que, se o outorgante praticar o ato, a que se refere o poder conferido, o ato vale. Devera ter dito **é** eficaz; mas acrescentando: salvo se a procuração em causa própria ou irrevogável foi registrada (e.g., averbada no registro do imóvel).

O outorgante não tem o dever de aceitar a atividade, postenor à revogação, do outorgado, ainda se de acordo com o contrato subjacente. O poder de representação extingue-se com a revogação ainda que esteja dentro do tempo do contrato (E. Wetschky, *Liber* die Widerruf/ichkeit der *k/ollmacht,* 26). E preciso que se não confunda a revogabilidade da outorga de poder de representação e a irrevogabilidade do contrato, ou negócio jurídico unilateral subjacente. A infração desse produz dever de reparação; o poder de representação, revogável, permanece revogável. Se foi no negócio

jurídico, ou alhures, tornado irrevogável o poder de representação, sendo possível, é outro problema (E. Lax, Die *Vollrnacht,* 65 5.; P. Lehmberg, *Die* Er/óschungsgrúnde der *Vollmacht,* 5ª s.). Se não é irrevogável, a revogação é ineficaz, de modo que, a despeito do ato jurídico revocatório, o poder de representação persiste.

2. *Extinção* do poder de representação fundado. *(a)* Resulta da natureza do poder de representação que ele se extinga com o exercício, obtendo-se o ato jurídico que se desejava obter com ele.

(b) É óbvio que também se extinga com a impossibilidade de tal ato; e.g., se fora para o ato de casamento de A com B e B se casou com outrem.

(c)

Do conteúdo do poder se tira que ele se extingue quando se realiza a condição resolutória, ou se atinge o termo final. Se há relação jurídica subjacente, ou sobrejacente, a duração do poder de representação é a que resulta daquela; salvo se diversamente se dispôs.

(d)

Se o poder de representação foi derivado de relação jurídica subjacente entre o outorgante e o outorgado, há-se de entender que cesse com ela, salvo se o outorgante estabeleceu que permanecesse. Nada obsta a que, devendo A a B, lhe dê procuração para receber um ano de aluguéis, se bem que com o recebido de três meses dê para B se pagar: B terá de entregar a A o resto. Se nada disse A quanto ao tempo, tem-se por igual ao do negócio jurídico subjacente. A regra jurídica refere-se ao outorgante e aos terceiros, cuja boa-fé, em todo o caso, se há de proteger. Por onde se vê que se tem de descer, a cada passo, à relação jurídica subjacente: o poder de representação oriundo de contrato de sociedade se extingue, de regra, com a falência, incapacidade, ou morte de um dos sócios (art. 1.399,1V). O poder de representação, oriundo do mandato, e o mandato terminam com a morte de qualquer dos contraentes (art. 1.316,11). O poder de representação concernente a bem que não pertence à massa concursal de modo nenhum se extingue com a falência. Nem sempre o poder de representação se apoia em relação jurídica entre o outorgante e o outorgado: abstrato, o poder de representação pode existir sem que exista qualquer relação jurídica dessa natureza, como se A comunica a C que deu poder a B.

(e) O poder de representação é livremente revogável. A revogação é por manifestação unilateral, receptícia, de vontade; ainda que tácita (cp. art. 1.319), *e.q.,* exigindo-se a restituição dos papéis referentes ao caso. A eficácia depende da chegada ao outorgado, ou ao terceiro. Revogação eficaz quanto a um pode não no ser quanto ao outro. A revogação pública só é eficaz se chega ao conhecimento da pessoa que a contesta. O poder de representação é irrevogável se a irrevogabilidade resulta de relação jurídica subjacente (cp. art. 1.317, II); e.g.. se A nomeou a B gerente. enquanto esse o for tem poder de representação. Também o é se inserto em mandato irrevogável, em virtude de convenção (art. 1.317, 1), ou quando conferido ao sócio administradon ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se o contrário se diz nos estatutos ou em texto de lei (art. 1.317, III). A revogação tem de ser dirigida ao outorgado, ou ao terceiro; só se torna eficaz à chegada àquele. ou a esse. Discute-se se o poder de representação pode ser irrevogável ainda para depois da morte do outorgante, isto é, se o outorgante pode dispor que a eficácia somente começará depois da morte (poder de representação a causa de morte) e se o outorgante pode fazê-lo irrevogável ainda depois da morte (pelos herdeiros). Contra, radicalmente, Heldrich (Die Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers, Jherings *Jahrbúcher,* 79, 323 s.), de modo que, para se dar direito a retirar dinheiro após a morte do outorgante, teria ele de lançar mão de estipulação a favor de terceiro. Em todas as espécies acima referidas, a causa da irrevogabilidade está na vontade do outorgante.

sendo de notar-se que a irrevogabilidade ou deriva de manifestação explícita de vontade, ou de manifestação implícita, por ter o outorgante atribuído o poder de representação no interesse do próprio outorgado. ou de terceiro (e.g.. para adimplir obrigação perante esse). Discute-se se é válido o pacto posterior de irrevogabilidade (dito „renúncia ao direito de revogação"): pela afirmativa, J. Hupka (Die k/o/lmacht, 411), A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teu.* III, 409), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª34ª cd., 471), salvo se importar em ilicitude ou impossibilidade (art. 145, 11; A. von Tuhr. *Die* untviderruf/iche *Vollmacht,* 55): pela negativa, G. Planck (Kommentar, 1, V ed., 455) e H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1. 274). Em tudo isso, há grande confusão entre renúncia e efeito de pacto posterior. E tão permitido quanto seria a cláusula inserta na própria procuração. Cumpre, ainda, observar-se que a irrevogabilidade não torna causal a outorga de poder (1. Hupka, Die *Vollmacht.* 392; 5. Salomon, Erlàschen der *Vollmacht.* 37; sem razão, E.

Hôlder, 1. 364). Se a revogação se faz publicamente, só surte efeitos

quanto àqueles a cujo conhecimento chegou, salvo se a outorga de poder foi feita pela mesma forma: quem confia em outorga por anúncios, ou editais, há de esperar que se revogue pela mesma forma; daí a eficácia erga amues (cp. art. 1.514).

É preciso não se confundir o pacto posterior de irrevogabilidade com a promessa, que faça o outorgante, de não exercer a revogaçao: se o outorgante a exerce, revoga; o outorgado tem, apenas, a pretensão à reparação do dano, por inadimplemento do prometido (A. von Tuhr, Der *Allgemeine TeU,* III, 410. nota 217).

(J) Discute-se o poder de representação também se extingue pela morte do outorgante (afirmativamente, J. Hupka, Die *VoI!macht,* 382, salvo clausula heredum; contra, M. E. Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht. Gruchots Beitràge, 47, 210 s.. porque o morto não pode ser representado; E. Hólder, Kommentar, 1, 364, para quem a morte opera como a revogação; conforme as circunstâncias, i. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 542; 1-1. Rehbein, *Das* Búrgerliche *Gesetzbuch,* 1, 270: 5. Salomon, Er)óschen der *Vollmacht.*

28 s.). Mas a solução depende de se extinguir ou não o negócio jurídico em que se funda.

(g) Quanto à morte do outorgado, extingue ela o poder de representação, salvo se foi outorgado a alguém e seus herdeiros *(clausula heredum),* ou para relação jurídica em que seriam interessados os herdeiros. ou se a procuração foi passada iu rem suam (K. Hellwig, Die X/erträge *auf* Leistung au Dritte, 119), ou se interessados sócios ou sucessores.

(h) Quanto à capacidade do outorgante, observou i. Hupka (Die *Vollmacht,* 384 s.) que é necessária à outorga: não ao tempo do desempenho do poder de representação, tanto mais quanto poderia o representante do interdito revogar a outorga de poder. Dessarte, a extinção não seria ipso iure, mas em virtude de revogação.

(i) Quanto à incapacidade do outorgado: contra os que sustentaram não se extinguir, na dúvida, o poder de representação,porque caberia ao outorgante, querendo, revogar e, se o não faz, **é** porque não quer, aduziu-se que a mudança se dá no investido do poder, o que não é o mesmo que investir de poder o incapaz (cf. ,.J.

Hupka, Die k/o)Imacht, 383). Geralmente, admite-se que a recuperação da capacidade importa recuperação do poder: a incapacidade superveniente apenas ineficacizaria (3. Hupka, 383; K. Hellwíg, Die *Vertràge* auf Leistung au Dritte, 119; diferente, E. Hálder, Kommentar, 1, 365). Em verdade, quanto à incapacidade do outorgado, o poder de representação se extingue, se a incapacidade, que sobrevém, é a que determinaria a impossibilidade da outorga de poder a ele.

(j) Também se discute se o concurso de credores do outorgante extingue o poder. Naturalmente a questão só é concernente aos poderes de representação tocantes a interesses incluídos na massa concursal.

As opiniões foram pela extinção, ou pela continuação com o representante da massa. Certa, essa.

(k) Outra grave confusão é entre a denúncia do negócio jurídico em que se baseia o poder de representação (poder de representação fundado, *fundierte Vo)Imacht)* e a extinção do poder de representação em virtude da denúncia do negócio jurídico subjacente ou sobrejacente. Resolve-se como em (d).

3. Forma da *reuogação.* O Código Civil não tem regra jurídica explicita sobre a forma da revogação da outorga de poder, nem, sequer, em caso de mandato. Noutros sistemas juridicos dá-se o mesmo. Há dois problemas: *a)* o da revogação da outorga do poder de representação; *b)* o da revogação da comunicação ao terceiro (cf.

art. 1.318), que é ato jurídico stricto sensu. Os elementos que se têm para interpretação são os arts. 1.093 e o princípio (a *priori)* da simetria das formas, pelo menos (cp. art. 1.514). Não há dúvida que a expressão

“distrato“ abrange. no art. 1.093, qualquer acordo com que se atinja negócio jurídico bilateral ou unilateral, porque é a relação jurídica que importa desfazer-se. Quanto à revogação (e.g., arts. 1.081, IV, 1.514, 1.316, 1, e 1.318, revogação da notificação), não se pode considerar distrato, posto que possa resultar de distrato do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente à outorga de poder de representação. Temos, pois, apenas, o princípio geral de direito

(princípio de simetria, pelo menos, das formas). Não se pode revogar procuração passada por instrumento público se não se emprega o instrumento público; nem se pode revogar oralmente a procuração passada por instrumento público ou particular, posto que por instrumento público se possam revogar quaisquer procurações e por instrumento particular a procuração oral, ou tácita.

Quanto á comunicação sobre a revogação, segue ela o mesmo princípio: se a notificação foi judicial.

somente pode ser revogada por instrumento público, *apud* acta, ou por editais (judicialmente); se foi por anúncios públicos, há de ser, pelo menos, por anúncios públicos (cp. art. 1.514; certo, G. Planck, Kommentar, 1, 461, e O. Warneyer, Rommentar, 1, 318). Ressalve-se, porém, que a comunicação pessoal basta para a eficácia quanto à pessoa a quem se fez a comunicação da revogação (3. Hupl□a, Die *VoI)rnacht,* 432 5.; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 318; sem razão, G. Planck, 1, 461). Não há, no direito civil brasileiro, regra jurídica como a do art. 115 do Código Civil suíço (desnecessidade de forma especial para extinção ou redução de crédito); temos, em vez disso, o art. 1.093 e o art. 1.514.

Se o poder foi outorgado por meio de proclamas públicos, a citação edital tem de ser de todos quantos hajam tratado com o outorgado, salvo se o outorgante sabe quais foram aqueles ante os quais o outorgado exerceu o poder, caso em que a citação pode ser pessoal.

§ 322. Eficácia após a extinção do poder de representação

1. *Tutela* dos interesses do outorgado e de terceiros de boa-fé. A terminação do poder de representação opera-se ipso i *ure.* Não se diga que é preciso chegar ao conhecimento do terceiro, ou do outorgado, que foi revogada a outorga, porque a revogação entra no mundo jurídico ao ser suficiente o seu suporte fático; o que depende da recepção pelo destinatário é a eficácia, em suas duas direções (ao outorgado, ao terceiro, ou terceiros).

Exatamente no se determinar quando e a respeito de quem começa a eficácia foi que entraram em exame considerações de tutela dos

interesses do outorgado, ou dos terceiros de boa-fé. No direito romano, apenas se esboçou a solução quanto aos terceiros (L. 34, § 3, e L. 51, D., de *solutionibus et* liberationibus, 46, 3), tendo sido o direito comum que a estendeu aos negócios jurídicos e fatos jurídicos outros que o pagamento e a nomeação do institor. Quanto ao outorgado, foi diferente: cedo se reconheceu que a revogação, para ser eficaz, quanto a ele, tinha de por ele ser recebida, ou, pelo menos, dele conhecida.

2. *Tutela* dos terceiros. A tutela do terceiro supõe que a outorga lhe tenha chegado ao conhecimento e não a revogação. Tratando-se de outorga de poder de representação, que se tenha lançado ao público, a revogação há de ser com a mesma extensão, pelo menos, com que foi divulgada. Se a outorga foi em instrumento público, não há divulgação, e a revogação há de ser com a averbação à escritura de outorga, e no registro de imóveis, se aí foi registrada. Se a outorga foi em instrumento particular, o outorgante tem de providenciar para que lhe seja devolvido, ou promoverá a publicação da revogação, o que se pode obter por decisão do juiz. com o edital, à semelhança da citação. Basta, porém, para que se não tutele o terceiro, a prova de que conhecia ou tinha de conhecer a extinção do poder de representação, o que se pode fazer, como medida cautelar, segundo os arts. 86 1-866 do Código de Processo Civil. O outorgado não pode de modo nenhum reter o instrumento da outorga, se foi revogada. A revogação da outorga irrevogável de poder de representação é ineficaz.

No tocante ao mandato, rege o art. 1.321.

§ 323. Mensagiro (nuntius)

1.Figura do mensageiro; *explicação da* sua *natureza.* Tentou-se *(a)* explicar o mensageiro como representante de certa espécie ainda L. Mitteis. Die *Lebre* vou *der Stellvertretung,* 131). em plena contradição com os fatos da vida. Também *(b)* como grau ínfimo de representante (F. von Savigny, Das Qbligationenrecbt. II. 57 s.): o núncio seria representante atado, apoucado. O representante seria o núncio livre, desprendido. indo de mínimo (poderes restritos) a máximo (poderes gerais e amplos). Com isso, desatendia-se à diferença, e reduzia-se a

função do representante, cuja atividade, no que fizesse fora dos poderes, seria nada jurídico" (cf. a crítica de F. Hellmann, *Die Stellvertretung* in *Recbtsgescbàften,* 16).

Outra opinião (c), bebida nos fatos e nas fontes, veio aos poucos formar-se, com base em Duareno (Opera omnia, III, 123), para quem o mensageiro é carta falante e a carta mensageiro, razão por que contratar por mensageiro não contradiria o *Ter alienam personarn nibil* nobis acquiri, como o não contradiria o contratar por carta. Outros velhos juristas, posteriores, apontaram o mensageiro como instrumentum *voluntatis, velut* organum *et pica* domini (cl. L. Mitteis. Die *Lebre* vou der *Stellvertretung.* 128: sobre Duareno. F. Curtius, Die Stellvertretung, *Arcbiv* fOr die civilistiscbe *Praxis.* 58, 71 s.). O núncio é simples órgão, não mais do que a língua, disse E. Zimmermann *(Die Lebre* vou *der stellvertretenden* Negotiorum Gestio, 18); é boca (Konrad Cosack, *Lebrbucb, I*, II ed., 211). Lutou, em vão, L. Mitteis, contra a concepção do mensageiro sem vontade; sem atender a que, se a tem, deixou de ser mensageiro.

O art. 89 distingue o mensageiro e o representante. de modo que nos livramos daquelas concepções que não os distinguiam, como a de F. von Savigny.

Ainda tentaram negar a diferença entre o representante e o mensageiro, 5. Schlossmann (Die *Lebre* vou der *Stellvertretung.* 304 s.) e L. Rosenberg *(Stellvertretung* im Prozess, 175 s.), mas os seus argumentos foram destruidos (ci. H. Titze. Die *Lebre* vom Missverstàndnis, 241). O mensageiro, ainda oral, não precisa ser capaz. O seu ato é fato; pode dar-se que ele mesmo não entenda o que transmite. O menor absolutamente incapaz, o louco, o surdo-mudo podem ser mensageiros. O que ele faz é transmitir. como aparelho, mais ou menos fiel. Não importa se o manifestante da vontade deixou o mensageiro decidir se devia, ou não. entregar ou comunicar (A. von Tuhr, Die *unwiderrujlicbe k/ollmacbt,* 92); e.g., A desconfiava de que B não estivesse na casa comercial e não queria que os empregados recebessem o recado escrito ou oral.

Todavia, convém prestar-se atenção a algumas diferenças entre as concepções dos escritores: uns frisam haver representação na declaração (não na vontade), tal como L. Mitteis (Die Lebre *von* der *Stellvertretung,* 78) e E. Windscheid *(Lebrbucb,* 1, Y ed., 345 e 351 s.), o que é elevar-se a incumbência àcategoria de representação, dilatando-

se, excessivamente, o conceito dessa; outros distinguem do conceito de representação, sem alusão à maior ou menor abrangência do mandato, o conceito de mensageiro, de modo que pode haver mandato especial na representação e na mensagem, sem se excluir que esse seja especial (E.

Zimmermann, *Die Lebre von der stellvertretenden* Negotiorum Gestio, 19; J. Unger, *Systern,* II, 4ª ed., 129

s.). Rudoli von Jhering entendia que o mensageiro representava, porém só no mundo tático; donde a sua distinção entre representação tática e representação jurídica. O papel do mensageiro somente entraria no suporte fático do negócio juridico como elemento f ático (Mitwirl□ung fúr tremde Rechtsgeschãfte, iabrbàcber *fúr die Dogmatik,* 1, 274 s.), o que implicaria em se poder ter como fática a procedência do declarar. A declaração poderia ser tática. O negócio juridico seria pura atividade volitiva interna. Em todo o caso, foi erro dele ligar a atirmação de ser fática a atividade do mensageiro à da possibilidade de haver elementos táticos nos suportes táticos dos negócios jurídicos. A segunda é verdadeira. A primeira não no é.

O incumbido é responsável ao que dá a incumbência. Nem a segunda tese basta a sustentar-se a primeira (Adolf Maier, Der *Bote,* 14), nem a terminologia ajuda fática" e ajuda juridica" seria, nas espécies, de acolher-se (sem razão, Adolf Maier, Der *Bote,* 14 s.).

2. Espécies de mensageiros. Dentre os mensageiros, têm-se de distinguir os mensageiros-correios, ou portadores de cartas, e os núncios, mensageiros orais (E Regelsberger, Pandekten, 1, 586).

Ambos são instrumentos comunicativos, expressão de R. von dhering; mas a atuação deles é diferente.

Ainda há os mensageiros enviantes e os mensageiros receptivos.

3. Mensageiros, epístolas e cartas. Nas tontes, comparam-se mensageiros com epístolas e cartas. Na L. 15, D., de *pecunia constituta,* 13, 5, dizia Paulo: "Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur": ainda se livre a pessoa, por cujo intermédio se constitua, não haverá impedimento,

porque adquirimos por meio de pessoa livre, pois que se entende que, em tal casso, apenas cumpre incumbência. Na L. 18, D., de sponsalibus, 23, 1, Ulpiano advertiu em que não importava constituírem-se esponsais *per* se, presentes os tigurantes, ou por internúncio, ou epístola, ou de outro modo; tanto mais quanto eram trequentes as pessoas interpostas. Na L. 37, D., *ad senatus consultum Trebellianum,* 36, 1, insistiu em que se podia restituir a herança, pessoalmente, por atos, positivos ou negativos, ou se disse que restituia, ou se restituiu por epístola ou mensageiro (per *epistulam uci* per *nuntium).* Na L. 1, § 1, D., de procuratoribus et *deJensoribus,* 3, 3, ainda explicou que o procurador pode ser para todos os negócios ou para um só, ou estando presente, ou por meio de mensageiro, ou por epístola (vel coram, vel per nuntium, vel per epistulam), se bem que alguns, segundo escreve Pompônio, não considerem que é procurador o que é mandatário para um só negócio; tampouco se há de chamar, propriamente, procurador quem se incumbiu de levar algo, ou carta, ou aviso. Ressalta dos textos que Ulpiano distingue, sem vacilação, o procurador e o núncio, e afirma que, *proprie,* não se podem confundir (ct. F. Curtius, Die Stellvertretung, *Arcbiv* fOr *die ciuilistiscbe Praxis,* 58, 71), inclusive quanto ao procurador de um só poder, dito especial. Na L. 2, § 2, D., *de obligationibus et actionibus, 44, 7,* ao se falar de negócios jurídicos entre ausentes, Gaio dizia que também se podiam contrair, por exemplo, por carta, ou por núncio. Na L. 1, § 1, D., mandati *vel* contra, 17, 1, Paulo acentuou-o quanto ao mandato, *e,* na 1, § 2, D., de *contra benda* emptione, 18, 1, referiu-se às compras-e-vendas por direito das gentes **(...** *et* per nuntium *et* per *litteras).*

Mão e Acúrsio frisavam a comparação entre o núncio e a pega. para mostrar a falta de vontade, o que não é comparação feliz, ainda se se atende a outro elemento, diferenciador: “recotat verba domini; in persona domini debet concipere verba. Melhor a comparação com o órgão (Cino da Pistoia, Commentaria in Cod. et *aliquos titulos* prími Pand. lomi, ad L. 6. C., 4. 50. nota 6); porém não admissível sem se dizer órgão secundário, órgão artificial, ou quase órgào. O mensageiro da diretoria da pessoa jurídica é como o braço do diretor, ou dos diretores; nao, da pessoa jurídica. Braço da pessoa jurídica é a diretoria, ou diretor; porque o mensageiro é órgão do diretor ou dos membros da diretoria, como pessoas fisicas. ao passo que órgão da pessoa jurídica é o diretor ou são os diretores que, pelo mensageiro. ou núncio, praticam o ato *da pessoa* jurídica.

Aqueles que consideram o mensageiro como representante na

declaração extrapolam o conceito de representação e empregam o termo declaração em sentido ambíguo, se não equivoco (o automático representaria na declaração; o sinal luminoso, também). Por outro lado, identificariam procuração com um só poder e mensagem. porque, *ex bppotbesi.* não haveria espaço para vontade especial. Só a vontade seria importante para o negócio juridico. Não só L. Mitteis *(Die Lebre vou* der *Ste!lvertretung,* 117), na estrada de R. von ~Jhering, chegou a esse extremo. Outros reduziram a bem pouco a qualidade jurídica da procuração (cf. E Regelsberger. *Pandekten,* 585 5.; LI. Schott, Der *obliga* toriscbe *k/ertrag* unter *Abwesenden,* 74). Mais ainda: é ineliminável do direito, como orgão físico (cp. órgão biológico), o automático; *a fortiori,* o mensageiro. que é órgão. mas sem certa atividade própria, o que o distingue, qualitativamente, do procurador.

4.

Inexatidão ou infidelidade na transmissão. Se o mensageiro transmite outra manifestação de vontade que aquela de que foi incumbido, transmite a vontade do manifestante, erradamente. Daí ter esse de anulá-la.

Tem, todavia, de reparar o interesse negativo. Tudo isso é assaz diferente do que se passa com os procuradores. Daí a necessidade de se saber de que figura se trata. se de representante, ou se de mensageiro.

Se nenhuma liberdade tem no que transmite, trata-se de mensageiro (E. 1. Bekcer, Sprachliches und Sachliches, *Jberings Jabrbúcher,* 49, 33). Se recebe procuração escrita, ou pode assinar, ou verificar papéis, impostos ou outros dados, é procurador. Quanto ao erro, é que mais ressalta, nos resultados, a diferença. Se B diz que A manda dizer, B é mensageiro, porém, aí, mais importam as circunstâncias que as palavras; se entra em ajustes, exames de ofertas ou contra-ofertas, se toma parte em tratos preliminares, é de procurador que se trata. São circunstâncias que pesam: se B é criado ou empregado doméstico de A, e atua como comprador de objetos de uso pessoal, ou da casa, é mensageiro; se B é administrador e trata de assuntos de sua profissão, é mandatário.

5.

Princípios comuns *à nunciatura* e à *representaçâo.* Alguns princípios

relativos aos mensageiros são idênticos aos que se referem aos representantes. O mensageiro, se tem escrito que o autorize e identifique, tem o dever de apresentá-lo, e o destinatário pode pedi-lo (cp. art. 1.305). Num e noutro caso, o ato é de simples comunicação. Se o mensageiro, B, emite comunicação de manifestação de vontade, como se proviesse de A, ou diferente da que devia comunicar, A pode ratificar o que B comunicou (cp. arts. 1.297, 148 e 149). Se A não ratifica, além das conseqüências para A, B responde ao destinatário, à semelhança do representante (cp. art. 1.305). Em todo o caso, se o mensageiro atuou conscientemente, não há manifestação de vontade de A; e o ato de B é ato ilícito absoluto.

Não só se representa em negócios jurídicos. Representa-se em atos jurídicos stricto *sensu (e.g.,* comunicações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento): reclamações, interpelações, proibições, cominações, negações, oposições, notificações, perdões. A regra é a representabilidade (sem razão, excluindo-a sempre, A. Manigk, *Willenserklàrung, 677,* 711 e 741); as exceções resultam da lei ou da natureza do ato.

Também há representabilidade em cedas *tomadas* de *conbecimento,* como se o prazo há de começar desde a ciência por alguém, que tem representante para o negócio, ou em se tratando de interrupção da prescrição ou da usucapião *(e.q.,* má-fé por parte do representante legal), ou de aceitaçã.o da herança (art.

1.584). Se o conhecimento por parte do representado basta, é questão que depende de se saber se o representado tem poder de disposição e é capaz *(e.q.,* estabelece-se a má-fé, no tempo para a usucapião, se conhecida a falta de direito pelo representante legal ou pelo representado relativamente incapaz, ou pelo representante voluntário ou pelo representado).

Nos atos-fatos jurídicos, a cooperação de terceiro não é de representante, é de servidores (especificação, emprego de materiais na obra empreitada; pagamento, gastos e inversões, como estrumação, sulfatação de árvores) ou de mensageiro ou nuncio.

No exercício de direitos *e* no cumprimento de deveres, sempre que aquele ou esse se possa dar mediante negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, é possível representação, salvo se a natureza do ato ou a lei a pré-exclui. A responsabilidade do devedor é a mesma se houve

representação, ou simples prestação de serviços. O contraente responde pelo engano do representante nas negociações, *e* pelo ato ilícito absoluto (arts. 159 e 1.521); bem assim pelo engano ou ato ilícito absoluto dos seus auxiliares.

Capitulo XVI

Conteúdo dos Atos Jurídicos

§ 324. Conteúdo do ato jurídico

1.

Conceito de conteúdo. Conteúdo do ato jurídico lato sensu, é *(a)* o que o enche, dando-lhe significado de manifestação de querer, de representação, ou de sentimento, mais exige como conteúdo necessário. Ou se inclui no último elemento, ou se tem *(b)* de pôr à parte, elemento, junto ao conteúdo e à forma. Poucos mam mais precisão da doutrina do que esse. Não se ao fim ou escopo querido do ato juridico. Por se pode (d) limitar o conceito, a ponto de só ser se quis mais o que se poderia querer diferente, e tou ou declarou, dando-se ensejo à incidência de o que a lei lhe conceito desse como terceiro assuntos reclabasta (c) aludir-outro lado, não conteúdo o que não se manifesta regras jurídicas dispositivas; menos ainda (e) excluir esse último elemento. A manifestação de vontade não é todo o conteúdo. Assim, a opinião (d), que é a de muitos juristas, inclusive o administrativista dinamarquês Poul Andersen *(Ungúltige Verwaltungsakte,* 119), deixaria de fora o elemento conteúdo cogente, caindo-se na contingênaia prevista em *(b):* conteúdo, mais forma, mais *x.* A opinião (c) está naqueles que procuram definir o conteúdo do ato jurídico mais pela eficácia, portanto no plano da eficácia, do que no plano da existência, isto é. do que pela análise do suporte fático que entra no mundo juridico. fazendo-se ato juridico. E o caso, por exemplo, de A. de Vaíles *(La „./aliditâ dcqli Atti* amministrativi, 260 s.). É de notar-se que os juristas, de regra. ao falarem de ato juridico, não precisam a qual conceito de ato jurídico se referem: ou aos atos negócios jurídicos, tão-só, ou aos atos juridicos stricto sensu. ou aos atos atos-fatos; ou aos atos jurídicos *lato* sensu.

Quase sempre exame atento do que enunciam mostra que só aludem a atos negócios jurídicos, — o que é, evidentemente, deixarem fora de análise o que também possui conteúdo e forma, os atos jurídicos

stricto sensu. Aqueles mesmos que adotam conceito mais largo incorrem na restrição de só se referirem a declarações de vontade, esquecendo-se do que é manifestação de vontade sem declaração no sentido estrito, e do que não é, sequer, manifestação de vontade (e.g., de representação, ou de sentimento). O conceito de conteúdo não pode cingir-se ao conteúdo dos atos jurídicos negociais, nem pode o jurista olvidar, ou conscientemente pôr de lado o elemento cogente. O conteúdo pode ser cogen *te, dispositivo* e *querido* sem *ajuda da lei;* noutros termos, cogente, dispositivo legal e dispositivo solto. A opinião *(e)* é dominante na doutrina, com a marca de desatenção pelo que é resultante, no conteúdo, do que a lei *põe* e do que a lei dispõe, se diferentemente o manifestante não dispôs. O seu defeito repete-se ao se conceituar *forma,* porque é levada a definir forma o meio de reconhecibilidade (pelo mundo jurídico) do querer interno do sujeito agente, ficando de fora a forma que a lei exige, sem ser para essa reconhecibilidade do querer interno.

2.

Elementos essenciais *e elementos acidentais* do ato *jurídico.* São elementos essenciais dos negócios jurídicos, ou dos atos jurídicos stricto sensu, os que fazem os suportes fáticos serem negócios juridicos ou atos jurídicos stricto sensu, ou serem cedo tipo de negócio jurídico, ou de atos jurídicos *stricto* sensu. Se falta algum, não há o tipo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto* sensu, ou não há negócio jurídico, ou ato jurídico stricto *sensu.* São elementos naturais os que, se os há, negócio jurídico, ou ato jurídico stricto sensu, ou o tipo de negócio juridico, ou de ato jurídico *stricto* sensu, de si mesmo exsurge: existem tais elementos porque, sem necessidade de manifestação de vontade dos que negociam, ou do que negocia, a lei mesma os estabelece. Elementos *acidentais* são os que poderiam não se achar no suporte fático, sem que esse deixasse de entrar no mundo juridico, como negócio jurídico, ou como ato jurídico stricto *sensu,* ou como determinado tipo de negócio juridico ou de ato jurídico *stricto* sensu. Percebe-se que as noções se elaboraram tendo-se diante de si os tipos de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto *sensu.*

Necessariedade, implicitude e eventualidade, tais as três circunstâncias que sustentam a tricotomia. Nada tem com a dicotomia forma e conteúdo, porque, enquanto o conteúdo é, sempre, necessário, implícito ou eventual, certa forma ou é necessária, ou é facultativa. Há elementos essenciais formais e elementos essenciais de conteúdo; há elementos acidentais de forma e elementos acidentais de conteúdo.

3. Conteúdo necessário. Conteúdo necessário é o que a lei f az ser essencial à existência do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto sensu, ou ao tipo de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto sensu. Conteúdo implícito é o que é posto pela lei, uma vez estabelecido o conteúdo necessário. Conteúdo implícito é, pois, o que se entende querido~ não porque o legislador editou regras jurídicas dísposítivas, mas sim cíque resulta da lei cogente, não atinente à essência (= existência) do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto *sensu.* (E.

Betti, Diritto romano, 1, 343 s., parece ter incluído no conteúdo implícito o que se revela pela interpretação integrativa do negócio jurídico, mas a invasão dos *accidentalia* é evidente. Tampouco, podem ser englobados os elementos das regras jurídicas dispositivas e os elementos das leis cogentes, não atinentes à essência do negócio jurídico, como pretendeu R. Lucifredi, L"Atto *amministrativo,* 40. O que é elemento de regras jurídicas dispositivas entra no conteúdo eventual, portanto nos *accidentalia.)*

4. Regras jurídicas cogentes, dispositivas *e interpretativas:* e conteúdo dos atos jurídicos. Toda regra jurídica cogente sobre conteúdo ou se refere ao conteúdo essencial ou ao conteúdo implícito, aos *essentialia* e aos *natura/ia* negotii. Toda regra jurídica dispositiva sobre conteúdo só se refere aos *accidentalia,* ao conteúdo acidental ou eventual. Toda regra juridica interpretativa dos negócios jurídicos é sobre os accidcnta/ia ou conteúdo eventual, salvo onde há dúvida, que a lei resolve, entre dois *essentialia.* e.g., a regra jurídica sobre conversão, *a)* Se a lei previu todo o conteúdo do ato. nenhum accidenta/e ficou à autonomia privada, exceto a prática do ato mesmo. *b)* Se a lei ligou todos os elementos essenciais, a discricionariedade é somente quanto aos accidenta/ia, portanto a todo o conteúdo eventual. (E erro considerar-se o conteúdo correspondente às regras jurídicas dísposítivas como conteúdo implícito ou *natura/ia* negotii: tal conteúdo é eventual. incidiu nisso 1(Lucifredi, *LAto* amministrativo, 40 e 50.) c) Se a lei não ligou todos os elementos essenciais, no tocante ao conteúdo, a discricionariedade cresce, e tem-se o início da discricionariedade preponderante. Já se invade o que normalmente seria ligado. d) Se a lei deixou à autonomia privada todo o conteúdo *(essentialia,* acc/denta/ia), de modo que a escolha do tipo determine os natura/ia, nenhum vínculo há entre o ato e a lei senão quanto aos limites derivados das leis penais.

Entre *a* e d há toda a gradação em que se procede à ligação de elementos do conteúdo ou se desprendem elementos do conteúdo, dando-se ensejo a classes intermédias, que satisfazem certas exigências de técnica legislativa e certos intuitos e propensões de política jurídica. Parte maior ou menor do conteúdo é ligado. A classe *b* é a em que os elementos ligados são todos os elementos essenciais, limítrofe à classe c, em que não são ligados todos os elementos essenciais. Se a lei ligou todos os elementos essenciais e um ou alguns dos elementos eventuais, a discricionariedade cresce, sem se chegar a *b*.

§ 325. Interpretação dos atos jurídicos

1. Conceito de interpretaçâo. Interpretar ato jurídico é revelar quais os elementos do suporte fático que entrou no mundo jurídico e quais os efeitos que, em virtude disso, produz. Não se interpreta somente o elemento volitivo. que nele há, — interpretam-se os outros elementos e os enunciados de fato, que acaso possam servir à classificação do ato jurídico e à determinação dos seus efeitos ou do tempo em que esses efeitos se produzem ou acabam. A interpretação das regras jurídicas dispositivas e das regras jurídicas interpretativas participa da hermenêutíca das leis (interpretação das regras jurídicas, dita das leis) e da interpretação dos atos jurídicos. Porque, se, por um lado, são leis, por outro, e por sua própria finalidade, são elementos volitivos enchedores (= onde falte, A) ou "classificadores" 7 = em caso de dúvida, A).

2. *Interpretaçâo* e *ato* jurídico. Interpretação dos atos jurídicos é, portanto, o complexo de operações. com que se procura estabelecer o que é o ato humano, entrando no mundo jurídico, e quais os efeitos que produz.

O corpo de princípios, regras, critérios e processos técnicos com que se levam a cabo tais operações e se atinge tal finalidade, são regras de interpretação, algumas legais. em sentido estrito, outras extraídas do sistema juridico e outras experienciais. A intenção do agente é um dos elementos que se procuram fixar, o mais relevante, porém nem sempre sem atenção a elementos que o restringem. Quando se fala de intenção, costuma-se pensar só em vontade, como se em todos os atos jurídicos o mais típico fosse a manifestação de vontade. No entanto,

há intenção nas comunicações de conhecimento, que mais contêm enunciados de fato, e nas comunicações de sentimento. Por outro lado, interpretam-se fatos e atos-fatos, e tal interpretação escapa, por definição, à interpretação dos atos jurídicos. A interpretação dos atos juridicos não é a revelação da vontade que se manifestou, mas a revelação do que foi a intenção manifestada pelo agente na manifestação de vontade, na comunicação de conhecimento ou na manifestação de sentimento. Não só se interpreta vontade; pode interpretar-se enunciado de fato ou expressão de sentimento. Procura-se o que se há de entender, isto é, o que tal ato humano contém. A determinação do conteúdo lógico e jurídico precisa a relação jurídica que se compôs e descreve os mais efeitos que se irradiaram, ou se irradiam, ou se vão irradiar do ato humano, que entrou no direito. Isso não quer dizer que não haja interpretação do ato humano, que se pretende seja ato jurídico, para se saber se é jurídico (= se entrou, entra, ou pode entrar) no mundo jurídico, ou se não é jurídico (= ato jurídico inexistente, = ato ajurídico).

A interpretação do ato jurídico não se confunde com a classificação dele entre os atos jurídicos, porque essa é primeira conclusão do intérprete, nem com a determinação dos efeitos do ato jurídico. Nem se há de confundir com o problema da autonomia privada: onde essa não existe, salvo para a escolha do tipo, há problema de interpretação do ato jurídico; quando se trata de ato jurídico stricto sensu, para o qual não haja outra alternativa que a de praticá-lo, ou não, ainda se há, por certo, interpretação.

3. Interpretação das leis *e interpretação* dos atos jurídicos. Deve-se ter sempre presente que as regras de interpretação das leis não são adequadas à interpretação dos atos juridicos, nem vice-versa. O art. 85 não tem qualquer invocabilidade em matéria de interpretação das leis, nem há regra de interpretação que lhe corresponda em método de interpretação das leis (nosso Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv fOr Rech* Is- und *Wirtschaftsphilosophie,* 16, 522 **5.;** W. Burckhardt, Die Lúcken des Gesetzes, 77 s.; Fr. Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, *Archiv fOr* die civilistische *Praxis,* 120, 14 5.; Er.

Schreier, Die *Interpretation* der Gesetze und Rechtsgeschàfte, 70; O. Ranelletti, *Istituzioni di* Dirilto *pubblico,* 5ª ed., 665, nota 4). O elemento intenção somente há de ser levado em conta, na interpretação da lei, quando seja a *ratio* legis, tal como se explicitou. A

lei destina-se ao público, a todos, e somente pode ter uma interpretação, ainda que diferentemente a entendam os habitantes e todos aqueles a que ela atinge. O ato jurídico pode refratar-se, devido a haver diferentes contrafigurantes ou destinatários. O sistema jurídico, variando, determina variações das regras jurídicas, de per si, ou em grupo; o ato jurídico pode ter cortados alguns efeitos por lei nova, mas é tal qual foi (cp. C. Grassetti, *LInterpretaziflne* ***dei*** negozio giuridico, 73).

§ 326. Vontade e interpretação

1. *Exteriorização da* vontade. Somente se pode conhecer o querer de alguém deduzindo-se de algum ato que se exteriorizou. O ato humano é manifestação de vontade quando é apto a levar ao conhecimento de outrem, inclusive a sociedade, a vontade do manifestante, isto é, de quem praticou o ato, mas a aptidão objetiva tem de ser acompanhada de elemento subjetivo, que é o propósito do manifestante. Para se saber se há o elemento objetivo e o elemento subjetivo da aptidão é preciso que se analisem os fatos externos, a fim de se fixar se há no ato exteriorização de vontade. Tal pesquisa, que se há de basear nos próprios fatos, nas circunstâncias em que se praticou e no que a experiência humana aponta, é interpretação do elemento volitivo dos suportes fáticos, que, devido a fazer-se depois da exteriorização, se chama, mais freqúentemente, interpretação dos atos jurídicos. A palavra, falada ou escrita, é o instrumento mais adequado, por isso mesmo mais usado, das manifestações de vontade. Donde grande parte das regras sobre interpretação dos atos jurídicos serem regras de interpretação das palavras e proposições, tendendo a precisar-lhes sentido e significação. Porém seria erro restringir-se a interpretação dos atos juridicos a simples exame de palavras e proposições. Não só porque as próprias palavras e proposições exsurgem e mergulham no mundo fático, onde circunstâncias diferentes influem no seu sentido e significação, como porque há atos jurídicos em que nenhuma palavra foi proferida e todo o suporte fático évazio de expressão oral ou escrita.

Basta pensar-se no testador que, não mais querendo o testamento que fez, o rompe. Rasgando-o, revogou-o.

Note-se bem: com o simples gesto de rasgar, retirou a ***mx,*** que lá estava e entrara no mundo jurídico. Por outro lado, quando se interpreta ato jurídico em que há interesses de terceiro, a investigação

não se dirige somente à análise do que possa ser provindo da psique do manifestante da vontade. Se, a respeito do testamento, o intérprete pode indagar da verdadeira vontade do testador, a ponto de afastar, completamente, a aparência de disposição de última vontade, uma vez que o testador nada tinha que consultar ao beneficiário, nem esse teve de confiar na expressão dada pelo testador, muito diferente é o que se passa com as manifestações de vontade que atingem interesses legitímos de outrem. ainda que não se trate de negócio jurídico bilateral. Aqui, o significado da manifestação de vontade há de ser o que lhe deu o manifestante, sem se poder afastar daquilo que poderiam entender as pessoas que confiaram na manifestação, tal como foi feita. O art. 85, segundo o qual, nas declarações de vontade, mais se há de atender á sua intenção que as sentido lateral da linguagem, não pode ser interpretado no sentido de se fazer tábua rasa da receptividade das pessoas que confiaram na manifestação de vontade. Assim, nas declarações e manifestações de vontade não-recepticias, que se dirigem a largo circulo de pessoas, como se dá na promessa de recompensa, nos títulos ao portador, nos títulos cambiários e cambiaríformes. nas outorgas públicas de poder e nos editais, a interpretação tem de atender às circunstâncias que as pessoas componentes do largo círculo poderiam conhecer, o que não quer dizer que a interpretação, em tais casos, haja de ser literal; nas declarações e manifestações receptícias de vontade. tem de se levar em conta o que o destinatário conhecia, podia ou devia conhecer, atendidas as circunstâncias (e. g., se B tem procuração de A e recebe telegrama, revogando-a, sabe qual a procuração revogada, mas, se tem duas procurações e uma delas não é para ser exercida no momento, o telegrama lacônico há de ser entendido como revocatório da procuração que ia proximamente ser usada).

Não se diga que, em tais espécies, só se há de atender ao que o destinatário pode supor fosse a vontade do manifestante, porque. em verdade, supor vontade é supor o que o outro quis, apenas nos limites da suponibilidade. A alusão a dever ou a poder conhecer implica que se saiba o que é que se compreende como dever de conhecer e poder conhecer. O dever de conhecer ou resulta da lei, ou resulta das circunstâncias que são conhecidas pelo destinatário, ou de algum acordo entre o manifestante e o destinatário sobre o sentido das palavras ou das proposições (E. Danz, Die Aus/egung *der Rechtsgeschàfte,* 3ª ed., 64), ou da publicidade que teve algum objeto, ou pessoa.

2. *Simples aparência* e nenhuma *aparência.* Durante as operações de

interpretação, pode dar-se que um dos figurantes e o destinatário, ou os figurantes aleguem que o ato foi praticado sem a vontade de que entrasse no mundo jurídico. Tal simulação absoluta afasta que se trate de ato juridico; trata-se apenas de fato, que, no mundo jurídico, é como sombra de alguma árvore que estivesse noutro terreno. O ato jurídico não é. Se isso acontece, não há cogitar-se de interpretação. Todavia, o sistema juridico por vezes tutela o terceiro que confiou no negócio simulado (e.g., o devedor não pode opor ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente, art. 1.072, donde resulta que o cessionário adquire o crédito, com a conseqüência de que. se há decisão sobre a simulação absoluta, ou se foi alegada, íneficazmente, pelo devedor, não pode ele opor ao cessionário exceções que teria contra o cedente). Quem vendeu, simuladamente, e o comprador simulado transferiu a outrem o prédio, registrando-se a aquisição (art. 530, 1), não pode ir contra o adquirente, ainda que tenha sido inocente a simulação (cl. arts. 103 e 104). O terceiro pode alegar o dolo (arts. 92-97) ou pedir reparação do dano (art. 159), se acaso, por falta de princípio que lhe proteja a boa-fé, sofre algum prejuízo (A. von Tuhr, Der A/lgemeine *Teu,* II, 561).

Se a vontade não foi manifestada, porque o manifestante não queria o que manífestara. há a reservatio *mentalis;* porém o mundo jurídico recebe o manifestado, sem qualquer atenção ao que pudesse ter sido mentalmente reservado pelo praticante do ato. Se assim não fosse, estaria profundamente comprometida a ordem juridica. Também se tem como estranha ao mundo jurídico a reserva mental que se manifestou, ainda se chegou ao conhecimento do destinatário ou demais interessados. A reserva mental de modo nenhum pode servir como elemento para interpretação. Também é reserva mental a que se opera quando alguém manifesta certa vontade, que reputa não entrar, por força de lei, no mundo jurídico, ou não poder ser aceita por outrem, e ocorre que entra no mundo jurídico ou é aceita.

A falta de seriedade pode ser alegada, porém, se não foi conhecida pelo destinatário, ou esse não tinha o dever de conhecêla, a manifestação de vontade entra no mundo jurídico. Pode ser anulada por erro, se se compõem os pressupostos da anulabilidade. Fora daí, a manifestação de vontade, a comunicação de conhecimento ou de sentimento, que não é séria, não entra no mundo jurídico, como é o caso do testamento feito por pilhéria.

§ 327. Princípios fundamentais da interpretação

1. *Princípios fundamentais.* E preciso não se confundirem os princípios fundamentais da interpretação com as operações com que se chega à finalidade do intérprete. Os princípios são abstratos; as operações, concretas. Convém, portanto, que antes de qualquer esforço para interpretar se procure observar cada um dos princípios, porque eles excluem muito do arbítrio na posição e ordem das questões práticas. O primeiro requisito para a interpretação dos atos jurídicos é o de tomar-se ao ato como todo, se bilateral, o todo de cada ato e o todo do ato que de dois ou mais exsurgiu (princípio de integraçâo). Outro é o de se não atender ao que é pessoal a cada figurante, ou ao destinatário, porque o que é estritamente pessoal não costuma entrar no contexto dos atos jurídicos, posto que possa servir à coação, porque esse fato puro é invadente da psique (cf.

art. 99). E o princípio *da fixa çao* genérica, de que resulta ter-se de dar primeiramente atenção àtextualidade, à letra, ao sentido literal, que é decisivo se se trata de certa *verba* (termos exatos e precisos). Depois, ao que é geral pela forma legal, ou pelo uso, se o sentido literal não exaure o esforço interpretativo, satisfazendo a sua missão de estabelecimento do que se fez ato jurídico. O princípio da fixação genérica dispensa que se fale de tutela da boa-fé, evitando-se, assim, o inconveniente da ambiguidade (e.g., boa-fé, em se cogitando do outro figurante, ou do destinatário, em geral; boa-fé, do adquirente do titulo cambiário ou cambiariforme). O nomen não é, por si, decisivo: pode o figurante usar de um, em vez daquele que deveria usar para exprimir o pensamento, e esse afastamento do nome errado não é descida à psique, é operação de consulta ao sentido que o todo do ato impõe. Dai dizer-se que o nome dado pelo figurante pode ser errado e ter-se de entender outro instituto (e.g., Supremo Tribunal Federal, 3 de agosto de 1942, tU 146/834; 2ª

Turma, 10 de outubro de 1944, *RE* 103/275: "inventariante", em vez de "testador" 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 16 de novembro de 1943, *PJ* 39/56 1ª Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, 28

de janeiro de 1944, *RF* 61/ 179). Como a linguagem comum é mais genérica, primeiro há de ser consultada a linguagem técnica (e.g., "compromisso de venda e compra" é pré-contrato, e não o que tecnicamente se entenderia, compromisso para decidir sobre venda e compra), mais restrita **(2ª** Câmara do Tribunal de Apelação de São

Paulo, 27 de novembro de 1939, *RT* 125/573; 11 de dezembro de 1945, 164/248). Em terceiro lugar vem o principio *da classifica* ção técnica, que impõe, como método, que, coligidos os dados suficientes para se saber se o ato jurídico é ato jurídico *stricto* sensu, ou se é negócio jurídico, se coloque o ato em exame na classe a que pertence. Porque já se apura qual o direito cogente, bem como qual o direito dispositivo e, até, interpretativo, que se tem de observar. Após isso, ou simultaneamente com isso, se dados suficientes há, é preciso que se procure, dentro da classe, a subclasse em que deve entrar o ato jurídico examinado. E assim por diante.

2. *Usos* e *regras jurídicas de* interpretação. Aqui surge uma das questões mais delicadas em matéria de interpretação dos atos jurídicos, questão que não teve, desde que se caracterizou, no começo do nosso século, o aprofundamento que merecia. Referímonos ao problema de se saber se as regras jurídicas de interpretação e as próprias regras jurídicas dispositivas vêm antes dos usos, ou se a precedência cabe ao uso.

Com a primeira opinião, P. Oertmann (Rechtsordnung und *Verkehrssite, 74* s.), 1(. Schneider (Abánderliches Recht und Verkehrssite, Jherings *Jahrbúcher,* 59, 383 s.) e A. von Tuhr (Der *Allgemeine TeU,* II, 537, nota 17); com a segunda, E. Danz *(Die Auslegung* der *Rechtsgeschàf te,* 3ª ed., 141) e H. Titze (Die Lebre vom *Missuerstàndnis,* 177 s.). Não é possível dar-se solução *a priori,* tanto mais quanto a discussão não distinguiu usos regras jurídicas e usos atos que se costumam praticar. Quanto ao uso regra juridica, não há questão: ou é cogente, e não há pensar-se em invocação de regra jurídica dispositiva ou interpretativa; ou é dispositivo, e teria derrogado a regra jurídica dispositiva ou interpretativa, que lhe fosse contrária; ou é interpretativo, e teria ab-rogado a regra jurídica dispositiva. Quanto aos usos atos, que se costumam praticar, se eles podem ser invocados é porque *também* o manifestante praticou o ato, que se costuma praticar. Por isso mesmo, ou encheu o branco que a regra jurídica dispositiva deixou, ou afastou dúvida, que justificaria a invocação da regra jurídica interpretativa. O uso somente éinvocado quando seja o conteúdo volítívo. em virtude do principio de fixação genérica. Não se pode dizer que tal uso ab-rogue direito dispositivo, ou interpretativo. Quanto ao direito dispositivo, é direito que só incide se não houve vontade, e a invocação do uso supõe que vontade houve. Quanto ao direito interpretativo, somente incide quando haja dúvida sobre o que foi querido, e a invocação do uso supõe que dúvida não há. O Código Comercial pôs bem claro que o uso entra como elemento da vontade. Diz o art. 130 do Código Comercial: “As palavras dos

contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.“ Note-se a gradação da generalidade: vem em primeiro lugar o uso comercial, bem como o modo e sentido pelo qual os comerciantes costumam expressar-se, ainda que o sentido literal seja outro. O art. 131 desceu a pormenores: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza cio contrato, deverá sempre prevalecer á rigorosa e restrita significação das palavras; 2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; 4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza e espe cialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.“ No art. 131, mc. 1, falou-se de boa-fé, mas apenas para se aludir ao sentido mais simples e mais adequado. que há de vir àfrente do sentido literal („rigorosa e estrita significação das palavras). Tal sentido é o do costume e uso recebidos no comércio (art. 130). Tem-se entendido que o sentido „mais conforme à boa-fé” é o sentido que. em se tratando de atos de disposição a título gratuito, inclusive a renúncia a direito, pretensão, ação ou exceção. mais favorece ao disponente (cp.

art. 1.090: „Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente”): se há dúvida, o que émenos rigoroso, a respeito de cláusula penal e outras cláusulas semelhantes. No mc. 1, ainda se alude a “espírito e natureza do contrato , o que se deve entender. invertidamente, a classe e subclasse do ato juridico e o seu fim próprio. O

mc. 2 não é mais do que explicitação do princípio de integração, como o mc. 1 se inclui no de fixação genérica, de que ainda cogita o mc. 4. O mc. 5 é como última saída se todos os esforços fracassaram para se determinar, com certeza, o conteúdo do ato jurídico.

Em tudo isso evita-se descer à psique do manifestante, a ponto de se

perder de vista o que ele manifestou. Não se pode dizer que A quis isso, e não o que disse, porque, se conhecesse certa circunstância, teria querido isso, e não o que disse; nem, sequer, o que, levando-se em consideração o que é de equidade, *teria* querido e declarado (A. von Tuh~ Der Allgemeine *TeU.* li, 538, nota 19). Não se empresta vontade, nem enunciado de conhecimento, ou de sentimento; não seria interpretação. Se o intérprete lhe empresta outra vontade, não é a sua, e outra, e então ou houve erro, ou se tem de corrigir tal imposição de elemento volitivo.

3. *Em boa-fé.* As expressões „em boa-fé‟," de acordo com as regras da boa-fé‟, Treu und *G/auben.* que aparece no Código Civil alemão §§ 157 e *242.* e no Código Civil suíço, são reminiscências do que o pretor estabelecia às partes e ao juiz, sob o nome de bona lides. Enquanto, fora da interpretação dos atos jurídicos, se sabe, perfeitamente, o que é que se entende por boa-é, a alusão à boa-fé, em se tratando de interpretação dos atos jurídicos, abre portas a certas dificuldades na fixação do que é que se entende por proceder em boa-fé. Rigorosamente. as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas. Se há regra cogente, não há pensar-se em espaço para quaisquer regras de boa-fé. Enquanto o uso, em sentido estrito, contém elemento espacial, que o fixa, a boa-fé mais se estende, como se não se diferenciasse segundo os lugares. Quando se entende que, sobrevíndo alguma circunstância, tem o devedor dever de avisar, salvaguardando interesse considerável do credor, como se a prestação se tornou impossível, ou se tem de ser executado por terceiro, em verdade se atende ao que é querido, nas relações da vida, por todos os credores, e o próprio devedor, se no lugar dele estivesse, o teria querido. Se, tendo alguém se obrigado a fornecer mármore de lugar que depois foi inundado, a utilidade para o credor é mínima, porque mármores iguais existem noutros lugares, ou com pequena

diferença, é regra de boa-fé que se preste no que é possível, atento a que seria assaz difícil para o devedor prestar exatamente o que prometeu e insignificante ou nenhuma, para o credor, a diferença. Quando se diz que os usos podem servir ao juiz para se apreciar a boa-fé, porque são o resultado de exame repetido das diferentes situações da vida, apenas se fala de dois sentidos de uso, pois que é uso proceder de boa-fé. Devido a ter-se procurado, pertinazmente, o que fosse regra de boa-fé, fora do conceito de uso, foi que fracassaram todas as tentativas e se terminou por proclamar que o resultado negativo provém da natureza mesma das coisas; a boa-fé não mais seria que produto de raciocínio lógico, questão de experiência da vida e de senso prático, e não objeto de conhecimento. Ora, tal conclusão importaria em capi-tulação e exporia o sistema jurídico às mais desencontradas soluções. A liberdade no dizer-se o que é regra de boa-fé poria em perigo os que tratam de boa-fé. Poder-se-ia chegar ao absurdo do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 5 de maio de 1943, *(RT* 157/358), para o qual a "noção do contrato vai cedendo dia a dia às imposições, sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso, armando o juiz do poder de fazer prevalecer aquela regra", isto é, a regra do art. 2ª do Código Civil suíço, que se deve haver como implícita na interpretação (?) e execução das convenções, concluíndo por dispensar uma cláusula. O art. 131, mc. 1, acertadamente fala de inteligência simples e adequada, que seja mais conforme à boa-fé, tornando a boa-fé elemento para se saber qual o conteúdo daquilo que foi querido.

Não pode o juiz inserir o que para ele é o sentido da equidade, nem dar maior valor a certos interesses, que a ele, pessoalmente, parecem mais altos. Se queremos exemplos de regra de boa-fé, temos naquela que diga: nas relações da vida, de que nasçam atos jurídicos, há de ser preferida a interpretação que evite que um dos figurantes sofra muito e outro nada sofra, ou tire proveito (e.g., Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de maio de 1934, *RT* 93/124). Se há cláusula de alguma prestação em caso de resolução do contrato, por mnadimplemento, ou não, é regra de boa-fé que se não entenda ter havido estipulação de tal prestação se a resolução resultou de culpa daquele a quem deveria ser paga (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de outubro de 1943, RT 147/671).

4. *Conteúdo do art. 85.* Diz o art. 85, do Código Civil: "Nas declarações de vontade se atenderá mais á sua intenção que ao sentido literal da linguagem." A regra jurídica de interpretação que se edicta no art. 85

impõe que se veja, através do sentido literal,a intenção ou propósito do manifestante da vontade. De modo nenhum se disse que o sentido literal é sem importãncia. ou que se poderia buscar a intenção para se entender algo diferente do que foi dito; apenas se explicitou que a intenção há de servir, ao lado, ou. até, afastando o sentido literal, na interpretação da vontade manifestada (assim, a respeito do § 133 do Código Civil alemão, P. Oertmann, Rechtsordnung *iind* Verkehrssitte, 74 s.. 109; sem razão, Li. Rehbein, Das 130

rger)iche *Gesetzbuch,* 1, 162). O que foi manifestado é forma do que se quis, ainda que incompleta ou imperfeita. Não se permite que se dê ao ato juridico outro conteúdo que aquele que ele tem, tal como foi manifestada a vontade; tanto mais quanto a palavra pode ter significado que só existia entre os figurantes, ou entre o manifestante da vontade e o destinatário. Aí, exatamente, se dá à intenção mais atenção que ao sentido literal da linguagem. Sentido literal é o sentido que a palavra tem segundo o corrente uso do falar, o sentido frequente conforme os dicionários. Se o uso do tráfico, ou o uso notório pelo manifestante da vontade, ou o uso no circulo de pessoas a que se dirigiu o manifestante, deu à palavra outro sentido, esse é o sentido da palavra no ato jurídico, e não aquele que está no dicionário, ou na totalidade da população. Se as palavras estão em sentido único, sem que caiba dúvida sobre outro sentido, nenhuma investigação interpretativa se tem a fazer: a clareza e unissígnificação dos termos empregados põem barreira à liberdade de interpretação pelos figurantes, ou pelo juiz. Se, porém, alguma daquelas circunstâncias emerge que se faça suspeitar de outro sentido ou significado, a questão de interpretação surge, inclusive se o manifestante estabeleceu linguagem secreta ou linguagem especial para a inteligência das suas manifestações de vontade.

O art. 85 não permite que se tenham as palavras como não empregadas, ou alguma delas por palavra não escrita; o que ele permite é que se tenha alguma palavra, ou algumas palavras, ou alguma proposição como tendo sentido ou significado diferente daquele que seria o literal. O que pode ser contra o sentido literal é outro sentido que se dê à letra do contrato, ou do ato jurídico unilateral. Também ai havemos de admitir que a interpretação do todo do ato jurídico afaste algum significado de palavra. ou de palavras, para se evitar contradição. Ainda quando os figurantes ou o figurante e o destinatário hajam estabelecido certo sentido ou significado, é possível que a vontade verdadeira se choque, simultaneamente, com o sentido literal, que se quis evitar, e o outro sentido, que deveria ter sido o adotado (P. Oertmann, *Rechtsordnung* rind Verkehrssitte, 112).

Objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante. E preciso que o querido esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação. A vontade, ainda que buscada segundo o art. 85, há de estar den *tro,* não fora, nem, com maioria de razão, contra o que se manifestou. A descida em profundidade é dentro das raias do manifestado. Não se pode entender que o manifestante quis aquilo que ele não conhecia, nem que deixou de querer aquilo que, com o exprimir a vontade, havia de ter querido. Assim, não se pode invocar o art. 85, quando o manifestante somente poderia ter querido o que se lhe atribui se certas circunstâncias tivessem acontecido e tais circunstâncias não ocorreram (O. Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, Archiv *fOr* die *Cívilistische Praxis,* 79; sem razão, E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichl□eit, *Archiv,* 99, 103; Konrad Cosacl□, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 239).

Na interpretação dos atos jurídicos, deve-se procurar a inter pretação que faça sentido; se duas ou mais há, tem-se de preferir a que tenha e faça sentido junto às que não no têm ou não no fazem (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de junho de 1948, *RT* 175/721).

Uma das conseqüências do art. 85 é a de se ter de desprezar uma das proposições a favor da outra, isto é, da que mais corresponde à intenção dos manifestantes da vontade. Por exemplo: se o preço foi por metro quadrado e se disse qual seria, mas os metros quadrados não perfazem o que se fixou. pode ser que se haja querido o que se fixou, ainda sem a correspondência (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de fevereiro de 1950. *RT* 186/149), o que, como regra juridica a propósito de venda de imóvel (art. 1.136, 2ª

parte), entra em princípio geral de interpretação; se A doou a casa a, com o jardim ***b,*** e há terreno c, que está separado do jardim por cerca, ou destinado àfábrica de tijolos, a despeito de no registro o terreno ser o que corresponde a *abc,* A não doou c.

A respeito do contrato de venda e compra, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1944 *(ET* 159/173), julgou que as dúvidas, que surjam, devem ser resolvidas contra o vendedor. Não há nas leis, nem na doutrina, tal regra jurídica, nem é justo que se adote tal critério, na interpretação do contrato de venda.

A 2ª Câmara, a 14 de setembro de 1943 (147/194), frisou que não há distinguir-se nos contratos o que foi manifestado por um dos contraentes e o que foi manifestado por outro: o que importa é o em que acordaram. Por isso mesmo, a cláusula impressa que se choca com o que foi manifestado e acordado, não se leva em conta e trata-se como não escrita (*3ª* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3C de agosto de 1949, 182/708).

5. Intenção e intenções. O art. 85 refere-se à intenção das manifestações de vontade, em oposição ao sentido literal da linguagem. Muitas vezes, as manifestações de vontade dos figurantes são singulares, isto é, cada um fez a sua, ainda que a de um tenha remissão à de outro, ou envolva a de outro. Outras vezes, as manifestações de vontade são em corpo comum, em plural, como se os figurantes dizem acordamos na venda do objeto tal. Ali, a interpretação pode pôr o problema para cada uma das manifestações de vontade, somente havendo acordo se há coincidência; porém tem-se de partir da afirmação de coincidência, quando essa resulte do que se concluiu, para depois se determinar o sentido em comum das manifestações de vontades que compuseram o ato jurídico. Aqui, toda exploração é em torno de palavras e frases que foram ditas em plural, de modo que disso se parte para a determinação do sentido, sem que com isso se afast e que cada figurante, manifestando a vontade, manifestou o que quis, e não o querido pelo outro. Nas manifestações receptícias de vontade, pode mesmo dar-se que a mesma manifestação de vontade tenha, para os diferentes destinatários, diferentes interpretações (E. Landsberg, Das Recht *des bOrgerlichen*

Gesetzbuches, 1, 181).

Também pode ocorrer que manifestação obscura, ambígua, ou equivoca, que as pessoas não poderiam, de ordinário, entender, seja para uma, ou algumas pessoas, inteligível e baste à formação de negócio jurídico bilateral, ou seja, eficaz em relação ao destinatário da manifestação receptícia de vontade. A oferta-enigma ésuficiente á formação do contrato se a pessoa que aceitou (ainda que não se acreditasse na inteligibilidade pelo destinatário, que aceita) por circunstâncias especiais, casualmente soube decifrá-la. Acontece o mesmo em relação às declarações unilaterais, recepticías, de vontade.

Se o manifestante da vontade não foi entendido, ou porque, empregando o sentido literal, a outra pessoa recebeu a palavra ou

frase como se tivesse o sentido do uso especial, ou das circunstâncias especiais, ou porque, tendo sido um desses o sentido, a outra pessoa recebeu a manifestação de vontade como se fora em sentido literal, o ato jurídico existe, a manifestação de vontade entrou no mundo jurídico tal como a entendeu o figurante, ou destinatário. Se o manifestante entende que errou quanto ao sentido ou significado das palavras, o ato jurídico é anulável, se o erro é substancial (arts. 87-88). Se, em vez disso, é o outro figurante ou o destinatário que recebe, erroneamente, a manifestação de vontade, ou por ignorância dos usos, ou das circunstâncias, ou porque se afastou, sem dever se afastar, dos usos pertinentes, ou das circunstâncias, o figurante, que errou, pode ir contra a manifestação de vontade, invocando as regras jurídicas sobre anulabilidade por erro, e o destinatário das manifestações receptícias de vontade acarreta com eficácia da sua defeituosa compreensão do que foi recebido.

A interpretação dos atos jurídicos há de partir da interpretação gramatical e os métodos, até certo ponto, coincidem, porém não quanto ao fim a que se destinam: enquanto a interpretação gramatical tem por fito mostrar o pensamento do manifestante da vontade, contenha, ou não, absurdo, tenha, ou não, sentido a proposição, ou todo o contexto, a interpretação do ato jurídico

3.

Substabelecirnento e suboutorga. De regra, o poder de substituir no poder de representação (substabelecimento) supõe especialização, legal ou negocial. Quanto ao mandato, regem os arts. 1.300 e 1.289. *§* 39, do Código Civil. O poder de representação é outorgado a alguém; não há transmissão do poder.

O outorgado outorga a outrem, em virtude do poder de representação para substabelecer. O substabelecido fica em relação com o outorgante, e não com o substabelecente, *ainda* que tenha havido reserva de poderes.

Diferente do substabelecimento é a suboutorga, em que o outorgado se faz representar por terceiro, que entra em relação somente com ele. Se o outorgado-outorgante tem interesse em que o outorgado seja pessoa de sua imediata confiança pessoal, como se a procuração é em causa própria, há de se entender que sub-outorgou, e não que substabeleceu os poderes. Todavia, casos surgem em que o outorgado-outorgante, sem esse interesse, quis a suboutorga, ao invés do substabelecimento

(II. Hupka, *Die k/ollrnacht,* 352). Na terminologia alemã, substabelecimento é *Ersatzhevollmdchtigung,* outorga de poder de representação a substituto; e suboutorga, *Un terbevollmàch tiqung.* Discute-se se o suboutorgado pode, representando o outorgadooutorgante. adquirir ou alienar o que é do outorgante. Pela negativa, A. von Tuhr *(Der Aligemeine TeU,* III, 411, nota 231); pela afirmativa, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 467). E evidente que não. quando se romperia com os princípios da representação.

No direito brasileiro, o substabelecimento é outorga do poder de representação, se feito sem reserva (a reserva é a substituição cumulativa: substabelece a D. mas sem B deixar de ter poder). Note-se a cisão. Ao mesmo tempo devemos precatar-nos contra a influência de sistemas jurídicos diferentes. O substabelecimento sem reserva é definitivo e total; o substabelecimento com reserva é parcial (subjetivamente) e tem-se, na *dúvida,* como revogável. Outra coisa é a outorga de poderes de representação feita pelo representante, em que o outorgado representa o representante, não o representado *(e.q.,* procuração que o tutor ou curador passa para atos em que representaria o incapaz).

Se o representante substabelece os poderes, o negócio jurídico entre o substabelecido e o substabelecente não é negócio jurídico do representante consigo mesmo. Nem no é aquele em que os figurantes têm o mesmo representante. Tampouco é negócio jurídico consigo mesmo a criação de letra de câmbio em que o tomador é o sacador ou alguém, representado pelo sacador,que a aceita. A aceitação da letra de câmbio é declaração unilateral, não-receptícia, de vontade.

A morte do substabelecente, ainda que parcial o substabelecimento, não extingue o poder de representação que tem o substabelecido. A morte do outorgado pelo representante tem os efeitos extintivos que teria a morte do representante em relação ao poder que recebeu. Se o substabelecimento foi sem reserva, ou, com reserva, é o caso de não se considerar revogável, só o que outorgou o poder, e não o representante, pode revogar, fazendo-o diretamente, sem se levar em conta ao representante que se afastou da representação pelo fato mesmo do substabelecimento.

4.

Eficácia da outorga de poder de representaçâo. O fato de se investir do poder de representação é efeito da outorga; esse efeito habilita o outorgado à prática do ato que se tem por fito. Mas tal poder é dependente de ainda ter o outorgante o poder concernente ao ato que se vai, por ele, praticar. Se A outorgou poder de representação a B para vender a casa e, no intervalo, a vendeu a outrem, nenhum ato de A seria eficaz; idem, se houve penhora, arresto ou seqúestro da casa.

O outorgado tem de apresentar o instrumento da outorga ao terceiro, com quem trata, se o ato, que se vai praticar, ou se pratica, é negócio jurídico bilateral ou unilateral, ou ato juridico stricto sensu. Se se cogita do negócio juridico bilateral e houve a aceitação pelo outorgado que não exibiu o instrumento, tem o terceiro de afastar a incerteza (se houve, ou não, aceitação). O caminho, para isso, é a açâo de *exibiçáo* do instrumento de outorga (Código de Processo Civil, arts. 844, II, e 855), ou a açao de preceito cominatório (Código de Processo Civil, arts. 287 e 461; Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* 1, 163). Cabe, também, a ação declaratória negativa, ou positiva, à escolha do alegante. Nada obsta a que se exerça contra o representante legal, sendo citado o órgão do Ministério Público (K. Hellwig, Anspruch *und Klagrecht,* 360; H. Habicht, Die Vorlegung der L.egitimationsurkunden. *Ju ristische Wochenschrift,* 30, 773: sem raúio. G.

PIanck. Komrnentcr, 1, 465; P. Oertmann. *Aliqemeiner Teu,* 538: [-1. Dernburg. *Das Búrgerliche Rccht,* 1, 552, nota 18). Todavia, se a ação é declaratária positiva, tem a autor o ánus de alegaçào e da prova da existência da poder de representação.

O que acima se enunciou sobre o que *se* diz representante também se entende em relação ao núncio (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 469, nota 16). Não se pode exigir outorga de poder ao terceiro que solve a divida (arts. 930 e 931); nem ao devedor que exerce açào cominatária, ou outra meio jurídico, para que o credor pago entregue ao dono o objeto de outrem que garantia a sua divida.

5.

Natureza cio poder outorgado e eficácia da outorgo. Com a outorga de podei de representar. o outorgante não se desfaz dos poderes que tem:

outorgou a poder de *representá-lo* no exercício dos poderes que tem (e.g., poder de dispor), ou na prática de atos; não outorgou o poder, de que á titular, nem se inibiu da prática dc ato. Por isso mesmo, a prática do ato pelo representado écomo revogar tacitamente a procuraçâo.

se se exauriu a poder dc representar *(e* g., para vender a casa A). Em o todo caso, o terceiro, que ignorava a prática do ata, há de ser tratada como a terceiro de boa-fé que tratasse com o outorgado a que se revogou expressamentc a outorga de poder dc representação, porém que não teve comunicação de tal revogação (cp.

art. 1.318). Assim, se A conferiu a B poder para vender o prédio e, sem revogar o mandato a 13, vende o prédio a C. e B vende a D. ambos os contratos dc venda e compra estão cancluidos: o que primeiro for ao registro cio imóveis obtêm o registro; se apresentadas no mesma dia as escrituras da mesma data, incide o art. 191, com a prioridade pela numeração da prenotaçào no protocolo, se não incidiu o art. 192, com a prioridade no tempo da lavratura da escritura, ambos da Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973; se as escrituras forem de dias diferentes, o art. 191. O contrato que nào obtêm registro surte os eleitas obrigacionais. com a indenização peio ato ilicito relativa. Se o cuitorgante insere na outorga a cláusula de irrevogabilidade, não ê eficaz a revogação, mas o ato do representado, que pré-exclua, pela prática própria, a rcpresentaçãa, é ato ilicito absoluto (art. 159), que gera o direito e a pretensão do outorgada à indenização, e pode ser infraçào do negócio juridico subjacentc ou sobrejacente entre o outorgante e o cutorgacla. O ato que o outorgante pratica existe como ato juridico, e vale.

Se a procuração é em causa própria, tem caráter patrimonial o poder outorgado em beneficio do procurador: poder ser arrestado pelos credores da procurador (A. von Tubr, *Die* unwiderru *flichen kJoI)rnccht,* 62); entra na massa concursal; pode ser objeto dc execução forçada. Se o outorgantc pratica o ato, comete crime. Se a ato é eficaz, depende de cada espécie e das suas circunstâncias: se o outorgante do poder in *rem* suam cedeu o crédito, o devedor paga bem se paga ao procurador em causa própria que o notificou, — paga mal, sc paga ao outorgante: se o outorgante vende o prédio a a quem fora comunicada a outorga de procuraçâo cm causa própria, C adquiriu a quem não mais tinha poder de disposição; se B

também vendeu a a transmissão dá-se segundo os principias, portanto a favor de quem se apresentou primeiro, ou. se a procuração em causa

própria foi averbada (arg. Lei nº 6.015, dc 31 de dezembro dc 1973.

art. 246. simile ao Decreto rt 4.857, de 9 de novembro de 1939. art. 285, in *fine),* a favor do procurador em causa própria. Sendo irrevogável a procuração em causa própria, decide-se como acima se disse quanto à apresentação das escrituras. O ata do outorgante ê ilícita absoluto (art. 159), podendo dar-se — e ê provável que se dê — infração mesma de dever au obrigaçào negocial (ato ilicito relativo).

§ 315. Circunstâncias coneernentes ao representado e ao representante

1. *Vícios de vontade.* Em princípio, só têm relevância (= somente entram no mundo jurídico, tornanda anuláveis os atos) os vicias da vontade cio representante, porque Li ele quem. podendo não na manifestar, em nome dc representado, a manifestou. Se o representante foi coagido, ou vitima de dolo, ou de erro, claro éque se há de ter o vicio como vicio da manifestação de vontade que entrou no mundo jurídico. O ato jurídico é válido, ainda que tenha ocorrido reserva mental do representante; é anulável, se o concluiu simuladamente. ou por erro, ou dolo, ou violência. Se não houve acordo entre o representante e o terceiro, não se pode pensar em existir o ato jurídico. O que é vontade do representante há de ser interpretado segundo os princípios. Se a manifestação de vontade, pelo representante, não foi séria, não entrou no mundo jurídico. Quanto ao representado, esse somente tem ação fundada no erro do representante se não haveria querido, poro *si,* o ato, se houvesse conhecido o que alega terem ignorado o representante e ele (L.

Enneccerus, Lehrbuch, 1, 456). E preciso. aliás. que o representado tenha interesse na anulação por erro (O.

Warneyen Kommentar, 1, 309; contra, J. Hupl□a, Die k/o//macht, 69, nota 1). Se o dolo foi do representante.

acarreta o representado com a anulação e pela responsabilidade segundo os arts. 159 e 1.521, III. Tais principios incidem quanto ao mandato judicial; e.g., se o procurador judicial, incidindo em erro, transigiu.

Idem, quanto aos síndicos, dentro e fora do concurso; não quanto ao depositário judicial, que não é representante. nem quanto aos oficiais que procedem à penhora, ou ao arresto, ou ao seqUestro.

A respeito dos núncios e servidores da posse. não incidem tais princípios (E Endemann, Lehrbuch, 1, 8ª-9ª ed., 399, nota 27).

Na representação sem poder de representação, a pessoa do representante é relevante, para tudo que se refere à sua manifestação de vontade, pretendidamente pelo representado (E. Eck, ⁄orträge, 1, 177; G.

Planclç, *Kommentor,* 1, 440). No mandato sem poder suficiente (= há o mandato, porém não contém o poder de que se trata), não se dá isso (O. Warneyer, Rommentar. 1, 309); daí, os princípios dos arts. 1.305-1.307.

2. Conhecimento e *dever* de conhecer. A pessoa do representante, e não a do representado, é que se há de levar em consideração, quando se tem de indagar se foram conhecidas, ou se tinham de ser conhecidas certas circunstâncias, que podem ter influído nas consequências da manifestação de vontade. *E.g.,* se houve boa-fé na aquisição a non domino, sendo o representante quem individualizou o objeto. Assim, se o representante estava de má-fé, não seria bastante alegar o representado que estava de boa-fé. Se o representante estava de boa-fé, mas estava de má-fé o representado e individualizou o objeto, a sua má-fé há de ser relevante, porque ele deu ao representante o conteúdo, elucido, da vontade. Se o representante estava de má-fé e tinha a resolução quanto ao objeto, foi ele quem deixou de proceder com lisura, mas nele confiara o representado.

Nesse ponto, discreparam a dominante doutrina alemã e 3. Hupka (Die Vollrnacht, 57). Para esse, não se há de exigir, sempre, a boa-fé ao representante. Entre as duas correntes, L. Mitteis (Die Lebre vou der Ste)Ivertretung, 279-284), na esteira de R. E Canstein (1876), só o exigia quando fosse o representante quem individualizasse o objeto da aquisição. Aduziu ~J. Hupka que a *bona* fides que o ordenamento jurídico supõe não é qualidade da vontade de adquirir, mas requisito subjetivo da aquisição, situado fora do ato aquisitivo; que as regras jurídicas sobre aquisição de boa-fé tutelam a confiança no tráfico. Portanto, se o representante é que está de má-fé, não há de, com isso, prejudicar o representado. A questão merece reexame. A aquisição é

pelo representado e a boa ou má-fé é elemento do suporte fático da regra jurídica sobre aquisição instantânea ou sobre usucapião: não temos, no direito privado comum, a regra jurídica Eu *Jait* de meubles possessiou *vaut* titre, mas temos a aquisição dos titulos cambiários e cambiariformes pela posse de boa-fé, e não se poderia dizer que o elemento da boa ou má-fé é exterior ao ato aquisitivo, — é elemento do suporte fático, e entra no mundo jurídico. Portanto, o que acima enunciamos é que é verdadeiro. Quanto à usucapião, é diferente: a mala lides há de se achar no adquirente, porque só se há de apreciar quanto a ele a confiança no tráfico. Por onde se vê que serviços prestaram à ciência os estudos de R. E Canstein, na Grdnhuts Zeitschrift, III, 693 s., de L. Mitteis e de 3. Hupka, e quanto éperigosa a frase lacônica de L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 457 e nota 10), para quem, em todos os casos, se adquire a propriedade a nou domino pela entrega ao representante, se este procedeu de boa-fé. Seria absurdo que A, sabendo que a letra de câmbio tinha sido furtada a C, mandasse B adquiri-la de O, e A adquirisse a propriedade, porque 13 o ignorava. Ora, foi isso o que L. Enneccerus sustentou.

Onde o representado conhecia a verdade, ou não na conhecia mas havia de a conhecer tendo dado poder de representação, ou poder e instruções, ou só instruções, para se levar a cabo o ato desejado, não basta desconhecê-la o representante para haver qualquer pretensão contra a validade, ou para a ação de redibição ou quanti miuoris. Tem-se aquele como conhecedor da verdade, se estava presente, ou devia conhecer a verdade, pelas circunstâncias, ou foi avisado da próxima conclusão e não providenciou (H.

Rehbein, *Das* Búrgerliche *Gesetzbuch,* 1. 258; H. Dernburg, *Das* Búrger/iche Recht, 1, 551. nota 16). Não incidem tais regras jurídicas em se tratando de representação legal (O. Warneyer, Komnientar, 1, 310).

Vicios de vontade por parte do representado podem entrar em exame se a outorga de poderes mostra que foi a própria outorga que influiu no ato jurídico que se desejava, ou se foram as instruções (no dolo, ou na coação). Divergente, em três grupos. a doutrina alemã (E. Goldmann-H. Lilienthal, Das Búrger/iche Gesetzbuch, 1, 207, nota 17, e O. Warneyer, Kommeutar, 1, 310; C. Crome, Svstem. 1, 468, P. Oertmann.

Allgemeiner TeU, 516. L. Rosenberg, *Stellvertretung* im Prozess. 239 e Fr. Hellmann, Vortrâge, 146; G.

Planclç, Kommeutar, 1, 439).

§ 316. O ato dc representação

1. Suporte fático da representação. Quanto ao suporte fático da representação, os juristas incorrem, às vezes, em equivoco. Dizem, por exemplo, que o suporte fático da representação se íntegra por manifestação de vontade do representante em nome do representado, e pensam que isso se insere no ato jurídico. No ato jurídico, quem figura é o representado. O que o representante praticou foi exatamente o ato com os pressupostos indispensáveis, tais que, a despeito de ser seu, se inserisse como do representado, com eficácia a favor ou contra esse. Se não há representação, o ato é do próprio figurante; se há, o ato, que o representante pratica, passa, desde logo, a ser de outro. (No caso dos órgãos das pessoas juridicas. dos mensageiros e núncios, o ato é do figurante, a despeito da interposição deles.)

2. *Teoria.* As teorias chocaram-se: a) a teoria da representação, segundo a qual o negócio é concluido pelo representante, com eficácia atinente ao representado (H. Buchka, Die Lebre vou der *Stellvertretuug,* especialmente 36; E Regelsberger, Pandekteu. 1, 584; além de muitos outros, A. Briuz, Lehrbuch, 1, 1ª ed., 1.611 5.; P. Laband, Die Stellvertretung, Zeitschrift fúr das *gesamte* Haudelsrecht, 10, 224 S.; R. von Jhering e 13. Windscheid, a despeito de algumas divergências); *b)* a teoria do dono do negócio (GcschàJtsherrutheorie), que considera o ato somente do representado. que do representante se serviu como de instrumento (E von Savigny. System, 3, 90, *Das Obligationenrecht,* II, 42 s. e 59; E Hellmann, *Die*

‚Stellvertretung, 21 s.); c) a teoria da interposição *(Vermittlungstheorie),* em que se afirma que cada um obra até certo ponto, de modo que se perfaz a vontade (L. Mitteis, Die Lebre von der *Stellvertretuug,* 109-126.

131 e 202); d) a teoria da juridicização. Quem quer que preste atenção aos argumentos dos que sustentaram as três primeiras teorias percebe que o direito romano, que não tinha a representação, ainda persistia na mentalidade de todos esses juristas pandectistas. Na doutrina alemã, após o Código Civil, o fato de parecer que se atendera a

sugestão de B. Windscheid (Lehrbuch, 1, § 73, nota 16 a) fez os comentadores e tratadistas penderem para a teoria da representação (cf. P. Oertmann, Allgemeiner *TeU,* 501 5.; li. Enoeccerus, Lehrbuch, 1, 455 s.; contra — na corrente de L. Mitteis — C. Crome, Spstem, 1, 456, a A. Wach, *Handbuch,* 564). O problema tem de ser posto e resolvido dentro dos sistemas jurídicos que ultrapassaram o direito romano.

A manifestação de vontade do representante não é a do representado; porque isso seria reduzir o representante ao núncio. Nem há as duas, emergindo uma da outra. Nem se trata de manifestação de vontade do representante, com eficácia a favor e contra o representado, separando-se a causa e o efeito. O suporte fático, se nele se inseriu o ato de representação, está completo; ao entrar no mundo jurídico, o efeito que se encontra não é o do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto seusu,* em que o suporte fático se tornou, é o efeito do ato de representar, ato que se produziu simultaneamente com o resto do suporte fático, mas, logicamente, antes. Tratando-se de representação legal, o dado volitívo do representante legal lá está, como estaria, na representação voluntária, o dado volitivo do representante escolhido. — em ambas as espécies, no suporte fático estão os figurantes necessários à sua composição, embora um deles, alguns, ou todos, insertos *por eficácia* da represeutaçáo, logicamente *prius.*

(Discorremos falando de manifestação de vontade, por ser o mais vulgar. Há representação em comunicações de vontade, de conhecimento e de sentimento. Por onde se vê que a vontade do representante não é mais do que a resolução de representar; nem precisa haver, no ato, conteúdo volitivo.)

§ 317. Exercício do poder de representação

1. *Prática* de ato. No exercício do poder de representação, o outorgado pratica o ato, em nome de outrem e tal ato já se insere no suporte fático, se bem que não fique inserto no negócio jurídico, como ato do figurante. No suporte fático, o outorgado representa; quem se apresenta, já no negócio jurídico, é o outorgante, o representado. Na corretagem, o corretor lança enunciados de fato sobre negócios

jurídicos que podem ser concluídos, não os conclui desde logo. O datilógrafo, o advogado, que redige o contrato, o consultor, que dá o parecer sobre o rascunho, ou punctação, o tradutor, que o passa para a lingua em que se deve concluir, são apenas auxiliares: não representam. Se o instrumento do ato é em branco e o que o assinou permite ou ordena a inserção do que o complete não houve outorga de poder de representação. Não representam os órgãos das pessoas jurídicas que têm de ser ouvidos ou resolvem antes de se concluir o negócio jurídico; nem o órgão que aprova a conclusão; nem o órgão que conclui o negócio juridico, ou pratica o ato jurídico stricto sensu,

2. Alcance *do ato de exercício.* O representante exerce o poder em nome do representado. Importa dizer: representar significa praticar o ato, com a declaração de que figurante do ato jurídico vai ser o representado, e não o que pratica o ato. (Os juristas costumam definir o representante como o que atua dando a conhecer que os efeitos do negócio jurídico não se devem produzir para ele, mas sim para o representado. Há, aí, dois erros: primeiro, o que se dá a conhecer não é fato do plano da eficácia, *efeitos,* e sim fato do plano de existência, figurar no ato jurídico; segundo, nem todo ato em que há representação é negócio jurídico, há representação em atos jurídicos stricto *seusu.)*

O que é portador do recibo entende-se *autorizado* a receber. Não há, aí, outorga tácita de poder: há autorização: o ato do portador é ato do credor Por isso mesmo, se o portador não recebeu poder para receber ou se devia apresentar o recibo mais tarde, o devedor paga bem. porque não há indagar-se da outorga de poder. Somente não paga bem se conhecia circunstâncias tais que elidem a presunção legal fundada no art.

937.

3. Necessidade *da manifestaçâo de vontade.* O representante há de atuar em nome do representado. A vontade dele é de representar e exprime a vontade, ou o conhecimento, ou o sentimento do representado.

exatamente porque exprime que quer representar. Não é preciso que mencione o nome do representado, se não é de exigir-se no ato juridico em que exerce o poder de representação: nem basta a menção. se não se explicita que *se quer* representar o mencionado. De regra,

qualquer meio de indicação do representado basta.

Não é preciso que o terceiro conheça o representado: pode acontecer, até. que o representante e o terceiro o desconhecam. Se o terceiro também está representado. épossivel que só os representantes se conheçam.

Algumas vezes, a representação é de pessoa indeterminada, que mais tarde se determine, ou a favor de quem se deposite o apurado do negócio jurídico. Não raro, os efeitos jurídicos, ou, pelo menos, os efeitos mais importantes não se podem produzir antes da determinaçao, por faltar o sujeito do direito (e.g., Código de Processo Civil, art. 1.113, se não se sabe a quem pertence o bem). Sabido quem é o representante, com *ele* é que foi feito o negócio jurídico, eliminada qualquer idéia de retroeficácia ou de retroatividade, aqui supérflua e errônea (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine TeU,* III, 344). A vontade mesma de representar pode ser tácita. ainda que por atos concludentes: pode tirar-se das circunstâncias que o representante obrou em nome do representado (G. Planck, Kommeutar, 1, 432), como se é notório que 13

representa A. ou se ~ é em determinada relação com A, conhecida do terceiro. Aliás, se tais circunstâncias ocorrem, como se 13 é empregado de A, ou depositário de A. ou pai de A, e 13 quer o negócio jurídico em seu próprio nome, há de explicitá-lo, para se afastar que represente. Se não o explícita, entende-se ter negociado em nome de A. No que concerne aos atos que a mulher casada, no manejo do lar (art. 247), pode praticar, entende-se autorizada (salvo prova de que o terceiro conhece a falta de autorização): nem se deve interpretar a regra jurídica do art. 247 como representação do marido (sem razão. A. von Tuhn Der Allgemeine *TeU,* III. 344), nem como núncio (quase assim. e.g. , A. Manigk, *Das* Auuvenduugsgebiet. 337): obra em próprio nome, presumido, no direito brasileiro, o assentimento do marido. Muitas vezes, o próprio negócio jurídico faz ressaltar que se trata de representação; e tal é o caso dos atos dispositivos: transferindo o que pertence a A, 13 mostra que está a representar.

4. Espécies em *que falta a representarão.* Se B se faz passar por A e atua como se fosse A, crendo o terceiro, C, que o é, não há representação. A não é figurante; figurante é 13. Em vez de atuar em nome de A. 13 faz-se conhecer como A. O negócio jurídico entra no mundo jurídico como negócio jurídico entre 13 e C.

Discute-se isso: *a)* na opinião de alguns, há nulidade e 13 comete crime (J. Hupl□a, Die *Haftung* des *Vc‟rtreters,* 111: G. Planck, Kom mentar, 1. 475 5.; L. Enneccerus, Lehrbuch, 1. 457. nota 1, mas diferente na 39Q ed. de Hans GarI Nipperdey. § 170, nota 1):

b) outros, na esteira de A. von Tuhr (Der *Allgemciue Teu.* III. 345), entendem que há negócio jurídico entre B e C, que poderia alegar dolo, ou erro quanto à pessoa, sendo que A, estranho ao próprio suporte fático, não pode aprovar, ou ratificar, salvo se houve alienação ou gravame de coisa de A. Se C entendia que lhe era indiferente tratar com B ou com A. — ou A se apresenta, se seu nome foi usado, ou não se apresenta, e então 13 é que figura. A relação jurídica entre A e 13 é indiferente a C, porque a C podia servir tratar com A ou com 13. Somente nesse sentido é que se pode pensar em escolha ou não-escolha de C quanto à responsabilidade de 13 pelo adimplemento ou pelos danos.

Se a pessoa já havia morrido, o que trata sob falso nome vincula-se (Strucksberg, Handeln fúr nicht existente Personen, *Leipziger Zeitschrift,* VI, 378).

5. Quando *se precisa* conhecer *a vontade* de representar. A vontade de representar há de ser conhecida no momento em que se perfaz o ato jurídico stricto sensu ou o negócio jurídico. Se tal não ocorre, o negócio jurídico bilateral se concluiu com o que nao fez conhecer-se-lhe a vontade de representar. ou o negócio jurí-

dico unilateral ou o ato jurídico stricto *sensu* partiu do que tratou: salvo indiferença do outro figurante a quem pratique o ato. Em todo o caso, o que praticou o ato — se errou (queria praticá-lo em nome de outrem e fé-lo em nome próprio) — pode pedir a anulação do ato jurídico stricto sensu, ou do negócio jurídico, por erro essencial (art. 88), respondendo, porém, pelo interesse negativo (art. 158). Diferente seria a solução no Código Civil alemão, § 164. alínea 2ª se não se considera tal regra jurídica como simplesmente interpretativa, como, *e.g.* 5. Schlossmann (Die Lehre vou der *Stellvertretung,* li. 344), e A. Manigl□

(Vlullenserklàrung. 168), pois estaria excluida a impugnação por erro (G. Planch, *Kornmcntar,* 1, 434; L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 450). Até aí não há de ir, no direito

brasileiro, o *princípio da franqueza (Offenheitsprinzip),* segundo o qual aquele, que tem a intenção de representar a outrem, e não faz conhecida essa vontade, se expõe a que se tenha como figurante. ainda se lhe assiste poder de representação (cp. art.

1.307). Se a oferta foi dirigida a B e C aceitou, sem dizer que aceitava em nome de 13, nem sempre se há de entender que o negócio jurídico é entre A e 13 (sem razao, O. Warneyer, Kommentar, 1, 307; discordante, A. Manigl□. Willeuserklàrung, 572): tem-se de examinar, do lado de A, se incide o *princípio* de indiferença (ou Bou x): fora daí, C aceitou em nome de 13. Não é sem relevância a anterioridade da manifestação de vontade por A, dirigida *a 13.*

Em se tratando de aquisição da propriedade, ou da posse (art. 493. III), a aquisição da posse por intermédio do representante é assente no direito brasileiro (art. 494,11). *ALter,* o chamado constítuto possessório antecipado (antizipierendes Konstitut), que seria a transmissão da posse pelo alienante que ainda não a tem.

O que, sendo representante, deixou parecer ser figurante, pode transferir ao representado o que obteve, se é transferível.

Os mesmos princípios incidem quando ouve erro de transmissão da vontade de representar *(e.g.,* erro de telegrama, ou do núncio). O negócio jurídico perfez-se entre 13 e C, e não entre A e C. 13 pode pedir anulação por erro; não C, nem A. Se, em vez disso, 13 trata em nome de A, quando queria tratar em nome próprio, o negócio jurídico é entre A e C. e não entre Be C, pois que B tinha poderes. Pode A pedir anulação por erro, sem que, com a anulação, fique o negócio jurídico como entre Be C. Tal substituição subjetiva é impossível: a desconstituição judicial apanha todo o negócio jurídico. Dá-se o mesmo se 13 contrata em nome de A, em vez de em nome de D. Tem A a ação de anulação por erro, porque A, e não D. é o figurante.

Se o demandado alega que o negócio jurídico foi em nome alheio, ao autor é que incumbe provar que o negócio jurídico foi em nome próprio (Rémer, Das sog. qualificierte (estândnis, Archiv fOr die civilistische *Praxis.* 62, 160: Fr Leonhard. Die *Beweislast,* 325; contra. L. Rosenberg, Me *Beweislast,* 83). O autor tem o ónus de alegar e provar que alguém o representou no negócio jurídico (G. Planck, Kommentar, 1, 436: assentindo. O. Warneyer. Mm mentor. 1. 306). Tais alegações são concernentes à legitimidade *ad* causam.

O

que acima se expôs também se entende com o representante passivo; de modo que, não tendo de exibir procuração, épreciso que o ato se dirija a ele, como representante *(1* Biermann. Búrgerliches Recht, 1, 261). Outrossim, quanto a atos jurídicos stricto sensu (R. Leonhard, Allgemeiner *TeU,* 299).

6.

Anulabilidade das outorgas de poder. A anulabilidade das outorgas de poder é uma das matérias mais árduas da teoria da invalidade dos atos jurídicos. O conferimento de poderes é negócio jurídico unilateral e abstrato: no seu suporte fático está declaracão unilateral. receptícia, de vontade. Quanto à sua eficácia, bifurca-se: opera-se quanto ao outorgante e quanto ao terceiro, ou terceiros, com quem o outorgado trata. As causas de anulabilidade sao: o erro ou ignorância (arts. 86-91), o dolo (arts. 92-97), a coação (arts.

98-101), a simulação (arts. 102-105) e a fraude contra credores (arts. 106-113). A ação anulatória dirigida ao terceiro pressupõe que tivesse ocorrido, quanto a ele, causa de anulabilidade, ou que dela houvesse participado. ou a tivesse conhecido, ou a devesse conhecer

Enquanto o outorgado não usa do poder e este é revogável, qualquer alegação de anulabilidade é supérilua: quem pode revogar revoga (= retira a própria *voz);* não precisa de sentenças, que decretem a anulação.

(a)

Anulabilidade por erro somente ocorre: *a)* na outorga externa de poder, se o erro foi no tocante à comunicação sobre o que se outorgou (não no ato jurídico em que foi exercido o poder de representação, ou no negócio jurídico entre o outorgante e o outorgado): *b)* na outorga interna de poder, se o erro foi no tocante ao que se outorgou (não no ato jurídico em que foi exercido o poder de representação, nem na comunicação ao ter ceiro, nem no negócio jurídico entre o outorgante e o outorgado). Ficam de fora: qualquer anulabilidade por erro na comunicação do outorgado ao terceiro, sendo externa a outorga: qualquer anulabilidade por erro na comunicação do outorgante ao

outorgado. sendo interna a outorga.

(b) Anulabilidade pelo dolo somente ocorre: *a)* na outorga interna de poder, se o agente doloso foi outorgado, ou se o foi o terceiro, porém somente na medida em que o poder de representação tenha sido exercido perante ele (A. von Tuhr, Der Allgemeíne *TeU,* 111, 390; O. Warneyer. Kommentar, 1, 313); *b)* na outorga externa de poder, se o dolo foi do terceiro. A pretensão e a ação dirigem-se: na espécie *a).* contra o outorgado, ou, se o terceiro participou do dolo, ou o conheceu, ou tinha de o conhecer, contra o outorgado e contra o terceiro: na espécie li contra o terceiro, ou, se o outorgado participou do dolo, ou estava ciente dele, ou devia conhecê-lo, contra o terceiro e contra o outorgado.

(c) Anulabilidade pela coação há: *a)* se o coactor foi, na outorga externa, o terceiro; *b)* se o coactor foi, na outorga interna. o outorgado; c) se o coactor. na outorga externa, foi o outorgado; d) se o coacto~ na outorga interna, foi o terceiro com quem se tratou: e) se o coactor foi outro terceiro (art. 101: "A coação vicia o ato, ainda que exercida por terceiro"). A ação dirige-se, em *a)* contra o coactar e o outorgado que conheceu a coação, ou contra o terceiro, figurante no ato jurídico em que foi exercido o poder de tepresentação.

(d) Anulabilidade por simulação ocorre se com a simulação o outorgante doou a coisa ao outorgado, em vez de conferir poder a respeito da coisa; mas o terceiro, junto ao qual se exerceu o poder de representação, somente está exposto à eficácia da sentença anulatória se tomou parte na simulação, a conheceu, ou a devia conhecer.

(e) Anulabilidade por fraude contra credores ocorre se os pressupostos dos arts. 106 e 107 se compõem.

A ação dirige-se contra o outorgado, que conheceu a fraude, ou contra o terceiro, em cujo ato lurídico houve o exercício do poden ou contra os terceiros que tenham adquirido de má-fé, ou contra todos.

Decretada a anulação da outorga de poder, é ineficaz (não nulo!) o ato juridico em que se exerceu o poder de representação. A eficácia da sentença de anulação faz ineficaz, ex tunc, esse ato jurídico. O ato jurídico, em que houve tal exercício de poder, trata-se como o em que houve representação sem poder de representação. Ponto, esse, que

merece toda a atenção.

§ 318. Negócios jurídicos do representante consigo mesmo

1. Posição do *problema.* Muito se discutiu se o representante pode concluir negócios jurídicos consigo mesmo, ainda que represente todos os figurantes, em vez de um só, ou se, nessa espécie, isso lhe seria vedado. E a autonegociação, em que se inclui a autocontrataçâo, porque há casos em que a manifestação unilateral de vontade se pode dirigir a si mesmo. Não há principio a priori que se oponha à existência, validade e eficácia de tais negócios jurídicos; nem é contra a natureza dos negócios jurídicos que o manifestante da vontade, em nome de outro, a receba em seu próprio nome, ou em nome de outro representado, nem que o manifestante da vontade, em nome próprio, a receba em nome de outrem, nem há contra-indicação que possam ser mais do que sugestões, em certas espécies de negócios jurídicos, e assaz atendíveis, de iure condendo. No entanto, o negócio jurídico consigo mesmo teve os seus entusiastas, os seus estudiosos vacilantes e os seus inimigos. Cumpre distinguir o contrato do representante consigo mesmo e o contrato consigo mesmo (A compra de A ou vende a A). Aqui. só nos interessa a primeira espécie, por estarmos a discorrer sobre representação; nem a segunda pode merecer estudo largo, pois existe a impossibilidade *a* priori. Há, ainda, os negócios jurídicos unilaterais, com eficácia no patrimônio ou na situação do manifestante da vontade, que, por definição, escapam à direção ao manifestante. O problema dos direitos contra si mesmo é outro problema, já — na maioria dos casos —no plano da eficácia dos fatos jurídicos.

A Corte de Apelação do Distrito Federal, a 23 de abril de 1918 (Relatório de 1918. 149), assentou que uma pessoa pode representar duas ou mais pessoas. não devendo, na representação de uma, causar prejuízo à outra. *A* Fortiori, representar a uma e tratar consigo mesma.

O direito civil russo, que entrou em vigor no dia 1ª de janeiro de 1923 (Lei de Introdução. art. 1ª) (§ 40) pré-excluiu, de modo absoluto, o contratar consigo mesmo. O Código Civil alemão, § 181, disse: „Um representante não pode, se outra coisa não foi estabelecida, concluir negócio jurídico, em nome do representado, consigo, em próprio

nome, ou como representante de terceiro, salvo se esse ato não consiste exclusivamente na execução de obrigação. Aí, proibe-se a autonegociação e a dupla representação, mas a sanção é apenas a de impugnabilidade. No direito brasileiro, não nos poderíamos inspirar em doutrina alemã de hoje: não há, no sistema jurídico brasileiro, a regra jurídica do § 181: a fortiori, a do § 40 da lei russa.

Nada obsta, no direito brasileiro, a que A outorgue poder de representação a B, para que alugue prédio, e B o alugue. Se. com isso, representando a A. cujos interesses são contrários aos seus. B causou dano a A, a discussão está fora da que se ferisse em torno do problema da permissibilidade da autonegocíação: é a da possibilidade de ocorrer ato ilícito, relativo (infração das obrigações do mandato) ou absoluto (art. 159). Dir-se-á o mesmo quanto á *dupla* representação. Alguns juristas põem mal o problema do negócio jurídico consigo mesmo por apreciarem a coincidência subjetiva (fática) no plano da eficácia e falarem de sujeito dos direitos, Ora, o que se questiona é se a mesma pessoa, que é representante, pode ser um dos figurantes do negócio jurídico. Não se há de pensar em direitos e deveres, que são efeitos, nem em sujeitos de direitos, como fazem K. P. E. du Chesne (Das Kontrahieren mit sich selbst. Sàchsisches Archiu fúr Búrgerliches Recht und Prozess. 12. 65) e O. Warneyer (Kommentar. 1, 329); nem se há de discutir a questão no mundo dos fatos, quando ainda se está a compor o suporte fátíco.

Para Max Romelín (Das Selbstcontrahiren des *Ste/lvertretens,* 24). quem contrata consigo mesmo negocia unilateralmente, não contrata; daí ter-se de saber se existe e vale esse negócio jurídico unilateral. E evidente que confundiu o plano do suporte fático. que é antes da entrada do negotium no mundo jurídico, e o plano da existência do negócio jurídico, que é no mundo urídico. Para os que entendem ser bilateral o negócio, tem-se de considerar questão diferente a do negócio do comissário, porque ai estão no mundo fático duas pessoas numa só: e nada obsta que considerem possível o negócio jurídico do representante consigo mesmo, porém impossível. conceptualmente, o negócio jurídico do comissário consigo mesmo (e.g., R. Rámer, Rechtsgeschâft des Stellvertreters mit sich selbst, Zeitschrift fúr *das* gesamte Handelsrecht, 19. 67 5.; Th.

Siebert. Kann n. gemeine E. der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren?, 9).

Se há, de regra. colisão de interesses, quando o representante contrata consigo mesmo, não se pode afirmar (sem razão. H. Viefhaus, *Das* Selbstkontrahiren des Ste/Ivertreters, 25); depende da maior ou menor extensão dos poderes, depende de ser oneroso ou gratuito o negócio jurídico, depende de circunstâncias que apontem não se ter preocupado com a pessoa do figurante o representado.

Quem dá poder de representação, torna possível, dentro do *que* outorgou, exercício no interesse do representante, ou do terceiro com quem o representante trate, ou de outro terceiro. Assim, se A deu poderes a B para alugar a casa por x, pelo menos", A pode favorecer a C, ou D, que querem alugar, preferindo C a D, e nada obsta a que a alugue a si mesmo. O próprio representado, sem ter ido até a figurada procuração em causa própria, deixou certo campo de atividade ao representante. Se ele exerce mal o poder, sem infringir o estabelecido, isto é, sem no ultrapassar, o negócio jurídico em que intervenha é incólume a qualquer alegação de inexistência, nulidade ou anulabilidade, ou ineficácia. Pode o representante ser responsável por perdas e danos, se, por exemplo, tendo recebido de C a oferta de x + 1. alugou a casa a D. ou a si mesmo, por x (cf. arts. 1.300 e 1.313). No direito brasileiro, a colisão de interesses só é re/evante nas espécies que a lei aponta. A teoria de Max Rúmelin é falsa; não há por onde se possa ver no contrato do representante consigo mesmo negócio jurídico unilateral: o figurante, o representado, quis, e o representante, que podia querer dirigindo-se a outrem, dirigiu-se a si mesmo. A representação é no suporte fático. Para que o representado, A, figure no negócio jurídico; o representado figura diante de *alter,* que pode ser C. D, ou B ou B, representante, que é tanto a/ter quanto C ou D. A alteridade verifica-se em relação a A; porque B e A não se identificam, B é *alter.* Apesar dessa evidência, a teoria de Max RUmelín ganhou adeptos fora do seu pais, como li. Barassi (Istituzioni, 131) e René Démogue *(Traité* des Obligations eu généra/, 1, 109). Para a redução do contrato do representante a negócio jurídico unilateral, partiu-se de que as vontades tinham de ser opostas (com a procuração in rem suam também não faria contrato, mas negócio jurídico unilateral, se consigo mesmo) e de que não há dois figurantes nos contratos do representante consigo mesmo, o que é estar-se a falar do negócio jurídico pensando-se no que ficou no suporte fático. O contrato não resulta de que se tenham posto em relação dois patrimónios, nem de que se tenham posto de acordo duas vontades, pelo menos; mas de que haja acordo de vontades entre duas pessoas, permitida, hoje, a representação, que o direito germânico e o romano não tinham.

A argumentação de R. Rômer a favor do contrato do representante consigo mesmo muito serviu a que se repelissem as hostilidades a essa figura. Ficaram fora do alcance dos seus raciocínios os negócios jurídicos do comissário e outros chamados representantes indiretos, bem como de outros negócios jurídicos consigo mesmo, tais como a constituição do bem de família (arts. 70-72; Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, arts. 19-23; Lei n0 6.742, de 5 de dezembro de 1979). Alguns defendem a tese da existência de contratos consigo mesmo pela evolução do direito das obrigações, que teria deslocado das pessoas para os patrimônios a relação jurídica contratual: o que seria relevante seria a diversidade de patrimônio (C. Amo, II contratto con se medesimo, Archivío Giurídico, 1896, 24 s.: L. Gouget, Théorie générale du Contrat avec soi-même, 62 s.). Mas, se bem que a teoria dos patrimônios tenha chegado à precisão a que chegou, com as suas consequências teóricas e práticas, não éverdade que haja alterado o conceito da obrigação contratual a ponto de somente por isso se permitir o contrato consigo mesmo. Não há qualquer impossibilidade conceptual do negócio jurídico do representante consigo mesmo (cf. R. Rômer, Rechtsgeschãft des Stellvertreters mit sich selbst. Zeitschrift 1ª *das* gesamte Handelsrecht, 19, 65 5.: E. Pilou. Essai d‟une théorie générale de *la* Représentatiou dans les obliqations, 155 s.). A vida tem mostrado quanto é mais simples e mais rápido comprar o representado a coisa de que precisa, bem como apontado o ridículo de se exonerar o tutor porque o prédio ocupado por ele é de propriedade do incapaz, se somente ao tutor interessa tal prédio pelo preço fixado, ou afastar da hasta pública, em que se vai alienar o bem imóvel pertencente ao menor, o pai que pode ser o unico interessado ou quem dê mais. Já se pretendeu que, tendo de ser vendida a quota da mulher em prédio em condomínio com estranhos, o marido não pudesse adquiri-la. Estaria ele entre os administradores de que fala o art. 1.133, 1. Ora, administradores, no art. 1.133, 1. são os que administram sem ser por força de lei, isto e, os que em virtude de negócio jurídico têm a guarda e administração de bens.

Na Lei n0 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 154, § 20, *b),* veda-se aos administradores das sociedades por ações tomar por empréstimo à sociedade recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito, sem prévia autorizacão da assembléia geral ou do Conselho de Administração. Regra jurídica cogente. não podem os estatutos dispor diferentemente, ainda que se trate de sociedade de operações bancárias, ou de crédito real. A sanção é a nu/idade. No art. 156, *pr,* veda-se ao administrador intervir em qualquer operação em que tenha interesse oposto ao da companhia

(colisão de interesses), bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo comunicar-lhes o impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. E

ainda que observadas essas regras jurídicas, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis e equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros (§ 1ª). No § 2ª, dá-se como consequência a anulabilidade do negócio jurídico que infrinja esse § 1ª e como sanção a responsabilidade civil pertinente à transferência para a companhia das vantagens que dele tiver auferido. Responsabilidade por ato ilícito absoluto (art. 159). Não há sanção de nulidade, posto que possa ocorrer nulidade, se incide, também, o art. 154. As regras juridicas do art. 156, §§

V e 22. mostram que se não excluem, a priori, os contratos do órgão da sociedade com a sociedade, pois só se excluiram os empréstimos e se afastou qualquer sanção de invalidade *absoluta (aliter, relativa)* em caso de simples conflito de interesses. (No direito brasileiro. sempre admitimos, nos juízos de partilha, ou de divisão, ou de demarcação, que a mesma pessoa representasse a dois ou mais figurantes ou partes.) 2.

Direito comum. Na doutrina do direito comum — que é a que nos pode servir na interpretação do Código Civil, com os elementos esparsos. quase todos indiretos, desse — R. Rómer (Rechtsgeschâft des Stellvertreters mit sich selbst, Zeitschrift fOr *das* gesamte Handelsrecht, 19. 67 s.), o primeiro a discutir o assunto, 11. Kohler (Gesammelte Abhandlungen, 1, 1 s.). El. Dernburg *(Das* Vormundschaftsrecbt. 2a cd., 204. 3ª ed.. 316 s.; Das Pfandrecht, II, 163 sj, L. Mitteis (Die Lehre vou der *Stellvertretung,* 197 s.), J. Er.

Behrend (Lehrbuch, 1, 344 s.) e C. 5. GrUnhut (Das Recht des Kommissionshandels, 483) sustentaram a admissibilidade do contrato consigo mesmo: A. Bechmann (Der *Nau* ft, 1, 284 s.), R. Lepa (Die Lebre vom Se/bsteintritte des Komrnissionàrs. 230), E. Muskat (Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, *Zeitschrift,* 33, 507 s.) e F. Regelsberger (Pandekten, 1, 545, nota 6, contra a jurisprudência, que cita).

Enquanto E. Eck (recensão na Zeitschrift. 39, 272 s.) era radicalmente contra a admissão (portanto, pela vedação *a* priori), ainda sob o Código Civil alemão, que é hostil, porém não principalmente contra,

L.

Enneccerus (Lehrbuch, 1, 3O[ª]-34[ª] cd.. 453) reconhecia que a natureza dos negócios jurídicos não se opõe a tais negócios jurídicos em que há representação. Por onde se vê quão exageradas foram as atitudes contrárias. Em 1874, R. Rémer advertiu que a admissão da representação nos sistemas jurídicos, em vez dos expedientes de que se usava no direito romano, importava em se admitir, ou, pelo menos, em se não vedar o negócio jurídico consigo mesmo. De modo que somente na chamada representaçao mediata ou indireta seria de vedar-se. Houve, porém, voz contra a vedação ainda na chamada representação mediata, nomeadamente na comissão mercantil, C. 5. Granhut (Das Recht des Kommissíonshandels, 486), o que aliás repercutiu na jurisprudência. A discussão chegou a especulações sutilíssimas. Alguns entendiam que a presença (?) do representante no suporte fático do negócio jurídico em que se tornasse o figurante ofenderia o princípio (falso) da essencialidade de duas vontades nos contratos (duorum pluriumve in idem placitum et consensus).

Ora, o que énecessário é que dois sejam, um em frente a outro, os figurantes, o que impede que A venda a si mesmo, e não que A compre a B, de que é representante; ou. representante de B e de C, C venda a Bou B

venda a A. A alegação de que poderia haver colisão de interesses somente seria razão para se redigir lex specialis, ou /ex generalis, proibitiva, não para se sustentar a impossibilidade lógica. conceptual. do negócio jurídico do representante consigo mesmo. Já em 1856. R. von Jhering (Mitwirl□ung fUr fremde Rechtsgeschâft, iahrbúcher fOr die Dogmatik, 1, 347) insistia em que. não admitida no sistema jurídico a representação, o principal está para o negócio jurídico como qualquer terceiro, porém o mesmo não se poderia dizer quanto ao representado, nos sistemas que admitem a representação.

Após o Código Civil alemão. a doutrina do negócio jurídico consigo mesmo parou. As investigações passaram a ser apenas de iure condito, a letra da lei empanou problemas que dizem respeito à admissibilidade *a* puiori, aos fundamentos da admissão e àtécnica legislativa, levando-se para o próprio terreno da crítica doutrinária simpatias e antipatias que a lei suscita contra o que. de ivre condendo, corresponde ou não com elas (e.g., na análise das doutrinas do direito comum, Morris Samson, Das sog.

.Se/bstkontrahiren. 13 s.; ei. Friedíander, Das *soq. Selbst contra* hieren

des \/ertreters. 10 s.).

No negócio jurídico consigo mesmo, é preciso que o representante pratique o ato como se fosse com terceiro, ou em instrumento em que exerça o poder de representação a favor de si mesmo (A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teil,* 111, 362); ou por notificação no caso em que essa basta (e.g., se trata de poder de representação para ceder crédito); ou mediante lançamento nos livros comerciais; ou atos que importem em constituto possessório, ou brevi m *anu tradit* ia, como se creditou ao outorgante o preço da coisa, com ou sem comunicação a esse.

3. Regras jurídicas de exclusâo *da* representaçáo e *regras* de nulidade. Os titulares do pátrio poder não podem adquirir bens dos filhos sem que se nomeie curador especial: há colísão de interesses (art. 387).

Quanto a eles não há a proibição do art. 428, li; resta saber se estão incluidos na classe dos

„administradores", a que se refere o art. 1.133, 1. O direito anterior (Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 88,

§ 29, e Reg. nº 834, de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 6q) só se referia aos tutores e curadores; não aos titulares do pátrio poder Os Projetos de Código Civil (primitivo, art. 1.272; revisto, art. 1.279), na esteira do Esboço de Teixeira de Freitas, art. 1.983. incluíram os pais (Os pais não podem comprar, nem mesmo em hasta pública, por si, ou por interposta pessoa, os bens dos filhos sob o pátrio poder."), mas foi suprimida a regra jurídica inovadora *(Trabalhos,* VI, 380, emenda de Andrade Figueira). Poderia haver dúvida, dado o pouco peso do argumento tirado dos trabalhos parlamentares, se não concorressem contra a inclusão dos pais, a despeito da expressão "administradores" do art. 1.133,1, a linha histórica do direito nacional e o sistema mesmo do Código Civil (cp. arts. 387 e 428, 1 e 111). Assim, os pais podem adquirir, se imóveis, em hasta pública (art. 336); se móveis, partícularmente, nomeado o curador especia]. Nada obsta a que, sem curador especial, o pai represente a outrem, na aquisição em hasta pública, de bem imóvel do filho; nem que represente a outrem na aquisição de bem móvel do filho. Para os adquirir para si, precisaria da nomeação e função do curador especial; não, por exemplo, para lançar por um filho na hasta pública do bem de outro filho. Os pais podem vender aos filhos, se outros descendentes consentem (art. 1.132); não cai sob o art.

1.132 o ato do pai que vende, representando a outrem, ainda que in rem propriam a procuração. Quanto ás doações, apenas importam em adiantamento de legitima (art. 1.171). O representante legal pode ter negócio jurídico com o incapaz, exceto se há colisão nos interesses, caso em que se há de nomear curador especial, isto é, caso em que, *para* o ato, deixa ele, por um momento, de representar. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto ao que assiste aos relativamente incapazes. O art. 387 há de ser generalizado quanto a tutores e curadores e os arts. 413, II, e 453 não são obstáculos à generalização. A respeito dos tutores e curadores somente há as regras jurídicas do art. 428, 1 (não pode adquirir por si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis, ou de raiz, pertencentes ao incapaz, regra em que „particular", que se lê no texto está por "não em hasta pública", aliter, alienar ao menor, o que supõe incidência do art.

387) e do art. 428. 111 (constituir-se cessionário de crédito, ou de direito contra o incapaz); cf. arts. 1.133, 1, e 1.134. A sanção é a nulidade do negócio jurídico (art. 428), ainda que tenha havido autorização do juiz. Se o tutor aliena algum bem ao incapaz não se dá negócio jurídico consigo mesmo; porque teve de ser nomeado o curador especial, que representou o incapaz ou lhe assistiu. Se o tutor representou a outrem (legalmente, ou por outorga de poder), pode dar-se negócio consigo mesmo, se não há colisão de interesses: e.g., se a pessoa representada pelo tutor ou curador doou ao incapaz. O tutor pode representar ou assistir a outrem se há apenas enriquecimento do incapaz.

§ 319. Sanção, se há lex specialis contrária ao principio de validade

1. Problema de técnica *legislativa.* Assente que existe princípio de admissibilidade do negócio jurídico do representante consigo mesmo, que sofre limitações e restrições, tem-se de saber como se há de tratar a infração á inadmissibilidade quando se trate de limitação (lei) ou de restrição (negócio jurídico). Três soluções exsurgem: *a)* não se dar entrada no mundo jurídico ao suporte fático em que ocorre o negócio do representante consigo mesmo: *b)* considerar-se nulo o negócio jurídico do representante consigo mesmo: c) considerar-se impugnável (direito alemão, § 181), ou *anulável* (direito italiano. art. 1.395) o negócio jurídico.

2. *Soluções* de lege lata. No sistema jurídico brasileiro, ou há a validade do negócio jurídico, ou há a nulidade, devido à lex specialis. Não há ratificabilidade do nulo, nem prescrição da ação de nulidade. No direito alemão, interpretou-se a lei, reduzindo-se a sanção à impugnabilidade, conforme L. Enneccerus (Lehrbuch, 1, 454, desde a 9 cd.), E. Hôlder *(Kommentar.* 381), i. Hupka (Die *Iollmacht,* 341 s.), Elad (na 45 ed. do Kommentar de G. Planck, 483 s.). e Konrad Cosack (Lehrbuch, & ed., 377. desde a 5ª edà; contra os que sustentavam ser nulo o negócio jurídico, ou por haver a expressão não pode" no § 181 ou por outros argumentos. H. Rehbein (Das Búrgerliche *Gesetzbuch.* 1, 225), á. Kohler *(Lehrbuch.* 1, 497), E Endemann (Lehrbuch, J, 8ª-9ª ed.. 400, nota 31). Compreende-se que, pondo-se o principio de vedação com certa generalidade, se cogite de atender a que a validade pode ser melhor para o representado e a que se poderia ter pré-elidido a incidência da regra jurídica do § 181, *dispositiva.* No direito italiano de agora. art. 1.395, também há regra jurídica no plano da validade, não para se estabelecer a nulidade do negócio jurídico consigo mesmo, mas a anulabilidade: E annullabíle ii contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di unaltra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto deI contratto sia deterrninato in modo da escludere la possibilitã di conflítto dinteressi." No direito brasileiro, tem isso menos peso, uma vez que as espécies de vedação dos atos consigo mesmo são em pequeno número.

Se o comissário contrata consigo mesmo, não há pensar-se em contrato de representante consigo mesmo: contrataria consigo mesmo sem ser representante, o que se chocaria com o principio da dupla figuração no contrato (sem razão, sozinho, C. 5. Grúnhut, Das Recht *des* Kommissíonshandels, 486: cl. H.

Viefhaus, Das Se *lsbstkontrahiren* des *Stellvertreters,* 5 s.: A. Cohen. Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters. 13 s., Walter Sprinz. Das Selbstkontrahieren des *Vertreters,* 39 s.: G. Schaps, Das Selbsteintrittsrecht *des* Kommissionàrs. 3 s.). *Aliter,* quanto aos corretores (R. Salmann. Die *duplex* persona.

Zeitschi-ift [ir das gesomte Handelsrecht. 41, 371).

§ *320.* Eficácia do exercício do poder de representacão

1.

Eficácia *quanto ao* representado. Praticado pelo representante o ato que o representado tinha por fito, a eficácia de tal ato é direta e exclusiva quanto a esse, e não quanto ao representante. O representante só esteve presente ao suporte fático, representando o dominus: no ato jurídico (plano da existência) e quanto aos efeitos (plano da eficácia), só o representado figura. A omissão quanto ao nome do representado é inoperante se as circunstâncias o mostram. Se ao representante se faz manifestação receptícia de vontade, dá-se o mesmo: no plano da existência e no da eficácia, receptor foi o representado, e não o representante. Se para o ato não *podia* haver poder de representação, o ato é nulo, por força do art. 145, II. Não se confunda com a falta de representação, se poderia haver representação.

2.

Validade dependente do representado e do representante. Os pressupostos para a validade da outorga de poder de representação são de atender-se para que o ato jurídico do representado seja eficaz. Se o louco passou procuração e foi feito o negócio jurídico. o negócio jurídico é ineficaz porque o figprante é ele. Se o relativamente incapaz passou procuração e foi feito o negócio jurídico, é esse anulável, se para esse negócio jurídico era preciso assistência do titular do pátrio poder, tutor, ou curador. Mas o negócio jurídico da outorga pode. ele mesmo, ser nulo, ou anulivel, por falta de pressuposto de validade no representante. com repercussão no negócio jurídico, ou outro ato jurídico, que se queira. A doutrina discutiu, por muito tempo, cada uma das espécies de nulidade ou anulabilidade pelas causas ligadas ao representante, e já tratamos do assunto.

A outorga *nula* faz ineficaz o ato jurídico que se praticou. A *anulada* estabelece a ineficácia do ato jurídico que se praticou. Se a outorga havia de ser por instrumento público, não se pode pretender que valha o ato jurídico em que foi exercido, sem ter havido instrumento público de outorga, o poder de representação.

3. Atos jurídicos stricto sensu, negócios jurídicos *unilaterais* e *falta de*

poder de representação. Se a representação sem poder cabe, em se tratando de atos jurídicos stricto sensu e nos negócios jurídicos unilaterais, é questão que merece atento exame. Primeiro, não há qualquer regra jurídica, no sistema jurídico brasileiro, que considere nulo o ato jurídico em que o representante em tais atos jurídicos não tenha poderes.

O problema pertence ao plano da eficácia. Não há, sequer, no direito brasileiro, regras jurídicas como as do §

180 do Código Civil alemão, principalmente a da alínea 1ª. Tratando-se de atos processuais. era sempre possível a caução de *rato* (Código de Processo Civil de 1939, art. 110; *aliter,* no Código de 1973, art. 37, 3ª

parte). ainda para interpelações ou intimações. Em princípio, as manifestações de vontade e as comunicações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, recepticias, podem ser feitas por intermédio de representante sem poder de representação, mas somente são eficazes se o que as recebe não se opõe ao ato do representante sem poder de representação, ou se está de acordo em que o representante atue sem poder de representação, e o representado se dá como ratífícante. Quem atribuiu efeitos sofre-os; os efeitos contra o representado dependem da ratificação por ele. O destinatário pode estabelecer prazo ao representado para a ratificação. Se não conhecia a falta de representação, a ratificação impede que se oponha, alegando a falta já suprida. Se não ocorre a ratíficacão. responde o representante que atuou sem poder de representação corno responderia se se tratasse de negócio jurídico bilateral. A oposição do destinatário é declaração de vontade de não concordar com a falta de poderes para atuação, se antes não concordou com ela (aquiescência.

Einverstàndnis). Não temos a Zu *rúckweisung,* o rechaço ou pós-oposição, que foi introduzida no direito alemão (O. Plancl□, Kommentar, 477), sem se atender a que tal pós-negativa premia a falta de atenção ou leviandade do destinatário (com razão, ainda no direito alemão, mas sozinho, P. Oertmann, Der Allgemeiner *Teil,* 552). Os princípios gerais do direito brasileiro repelem a solução da doutrina que se tornou dominante no direito alemão.

Se o ato foi dirigido a representante sem poder de representação, a eficácia contra o representado depende da ratificação e a eficácia contra o que dirigiu o ato fica pendente, podendo o que praticou o ato, se não conhecia a falta de poder de representação, revogar a

manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade. de conhecimento, ou de sentimento, enquanto não se dá a ratificação, ou. se conhecia, ou não, marcar prazo para a ratificação, com caráter cominatório de se considerar não-ratificado. O representante sem poder de representação somente é responsável, se se disse ou procedeu como representante. Não há invalídade, se tal ocorre; pode haver ineficácia.

Quanto às manifestações de vontade não-receptícias, a subscrição de títulos ao portador, de títulos cambiários e cambiariformes pode ser com a assinatura de representante sem poderes, como os outros atos pertinentes a ele (endosso. aceite, aval). A ratificação é possível; e tudo se passa como a respeito das manifestações de vontade receptícias. Por isso, compreende-se que a despeito do § 180, alínea 1ª, do Código Civil alemão („No negócio jurídico unilateral, é inadmissível a representação sem poder de representação"), i. Hupka (Die *Haftung des* Vertreters ohne Vertretun *gsmacht,* 122 s.) haja aberto exceção para a criacão de títulos ao portador e a aceitacão da herança. No direito brasileiro, há caução de rato para a própria aceitação de herança, renúncia, impugnação da renúncia e revogação da aceitação (arts. 1.581-1.590).

Quanto à oposição ou discordância por parte daquele a quem se dirige o ato do representante sem poder de representação, ou do que se dirige ao representante sem poder de representação. ao saber da falta de poder, não se discute se pode ser tácita; mas discute-se se a inatividade ou o silêncio basta para se induzir concordância (afirmativamente, Th. Kipp. em B. Windscheid, Lehrbuch, 1, 9ª ed., 373; negativamente, P.

Oertmann, Allgemeiner TeU, 552; E. Riezler, *J. o.* Staudingers Kommeutar. 1, 661). Não há resposta *a* priori, — depende das circunstâncias.

Nas manifestações de vontade não-receptícias e nas comunicações de vontade, de conhecimento ou de sentimento nãoreceptícias. o momento em que se verifica se o representante tinha poderes (inclusive em caso de excesso, ou de terminação) éaquele em que elas entram no mundo jurídico; portanto. em que têm ou poderiam ter efeitos. Nas manifestações de vontade, ou nas comunicações de vontade, conhecimento, ou sentimento, recepticías, aquele em que chegam ao destinatário; portanto, faltam poderes se acabaram entre a

manifestação ou remessa e a chegada (recepção). Nos negócios jurídicos bilaterais, o momento em que se apura a existência do poder de representação é aquele em que a aceitação conclui o negócio jurídico (cf. arts.

1.081- 1.086).

Se, como se tivesse poderes, o representante pratica, em nome do representado, o ato jurídico, tenha ou não prometido ratificação, há estado de pendência: ou o dono do negócio ratifica o ato, ou não no ratifica: se vem a ratificar, responde como se para o ato jurídico houvesse outorgado poderes, — dai o dever de não frustrar, no intervalo prudencial, o que teria nascido se tivesse havido poderes (ao que alguns juristas chamam, sem razão, pré-efeito). Tratando-se de atos de aquisição de imóveis, ou o registro foi feito e o representado adquiriu, pois não há aquisição, sob *condição suspensiva,* da propriedade imobiliária, ou não foi feito. Se foi feito, a ratificação atinge o negócio jurídico consensual; se não houve ratificação, é preciso que se promova a retificação do registro, se ainda é possível. Se o devedor paga ao representante sem poder de representação, versão houve, mas a existência de solução depende da ratificação, porque, faltando o poder de representação. faltou a causa *solvendi:* se não sobrevém a ratificaçao, a prestação foi sem causa, e nasce ao devedor a ação de repetição pelo pagamento injustificado: ou nasce ao próprio representante se estava no caso dos arts. 930 e 931, mas ressalvou que pagava em nome do devedor.

4. Pendêucia de *eficácia.* Se alguém atua como representante sem ter poder de representação, inclusive se recebe a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento de outrem, o ato entra no mundo jurídico, pendendo a sua eficácia. Enquanto o representado não se manifesta, repelindo a representação, ou ratificando, o ato permanece no mundo jurídico, é ato jurídico em cujo suporte fático há a *dúvida* sobre representação sem poder de representação; donde ser, até que o representado se manifeste, ineficaz contra ele, sendo eficaz contra o outro figurante, pendentemente. Não se pode pensar em nulidade: tudo se passa no mundo fático, em que está o suporte fático do ato jurídico, e no plano da eficácia.

Parece-se com o ato jurídico condicionado (cf. L. Mitteis, Die Lehre vou der *Stellvertretung,* 205 s.), porém não é, de modo nenhum, ato

jurídico condicionado. Um dos figurantes ou o único figurante está indicado, até que ratifique ou repila o ato jurídico: com a ratificação, o ato jurídico permanece, com a sua eficácia própria (Ratihabitio mandato comparatur), — não se vai ao passado, juridicizar, só então, o suporte fático, como parecia a C. G. Wáchter *(Handbuch,* li, 682); com o repelimento (= não ratificação), há somente o ato jurídico do representante sem poder, que pode gerar a responsabilidade específica, como ato contrário a direito, ou o ato jurídico dirigido sem atingir o destinatário, se pelo representante sem poder foi recebida a manifestação de vontade ou a comunicação de vontade, conhecimento ou sentimento. Sem a ratificação, o ato jurídico não tem qualquer eficácia, porque não se pode invocar a inserção alternativa do representante no lugar do representado, nem, a fortiori, a inserção normal dos que querem para si os efeitos: o representante nada quis para si.

O dever e obrigação de ressarcimento dos danos são derivados da promessa de ratificação, da garantia prestada pelo representante, ou de assunção de responsabilidade pessoal (e.g., art. 1.306). O que foi posto ou se pôs em contacto com o representante sem poder de representação não pode pretender que o representante sem poder lhe responda como se com ele houvesse sido o ato jurídico (a opinião contrária de L. Mitteis, Die *Lehre von der Stellvertretung,* 156 s., para o direito romano, não foi demonstrada por ele), tanto assim que, em direito romano, somente cabiam a acho dou e a actio legis *Aquiliae.* No direito comercial brasileiro, se o mandato é mercantil, tudo se passa como em direito civil, se civil o mandato: os arts. 1.331-1.345 incidem, por força do art. 163 do Código Comercial: “Quando um comerciante” — leia-se

“um representante” — „sem mandato, ou excedendo os limites deste, conclui algum negócio para o seu correspondente, é gestor de negócio segundo as disposições da lei geral; mas, se este for ratificado, toma o caráter de mandato mercantil, e entende-se feito no lugar do gestor.” Não há, no direito brasileiro, o art. 55

do Código Comercial alemão que deu ao outro contraente a escolha entre ser indenizado pelo representante sem poder de representação ou exigir-lhe o adimplemento, Isso não quer dizer que esse não possa ser, pela interpretação da garantia, o conteúdo do que se prometeu.

Quanto ao direito cambiário e cambiariforme, há o art. 46 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que é *lex* specia *lis:* “Aquele que

assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado." Fora daí, a responsabilidade é pelo ato ilícito absoluto (art. 159).

5. Promessa de ratificação em caso *de* falta de poder. No caso de prometer o representante ratificação do outorgante, por lhe faltar, em algum ponto, poder de representação (e.g., art. 1.306), não se pode dizer que se tenha responsabilizado pelo negócio jurídico, nem que se obrigou em seu próprio nome (art. 1.307). A promessa de ratificação não é responsabilização em garantia (responsabilidade pelo cumprimento do contrato), — é promessa de ato alheio: a responsabilidade pessoal pelo contrato (art. 1.306, *verbis* "se responsabilizou pessoalmente") é garantia; a solidariedade é outra figura jurídica; outra, ainda, a responsabilidade exclusiva do art. 1.307. Se há ratificação, os vícios de vontade e o conhecimento de circunstâncias que podem influir são apreciados na pessoa do representante; todavia, podem ser apreciados na pessoa do representado nas mesmas espécies em que poderiam ser se o poder de representação tivesse existido. A distincão entre negócios jurídicos sobre certa coisa, que o representado conhece. e série ou grupo de negócios jurídicos, que A. von Tuhr (Der Allgemeine Teil, III, 442) admitiu, não pode ser tida como de regra jurídica; embora possa ter, na apreciação dos fatos, alguma relevancia, A pessoa jurídica que ainda não havia se constituído pode ratificar, ao exsurgir, o ato do órgão sem poderes. E o que ocorre, de regra, em atos preparatórios para a constituição de sociedades, ações e fundações. Também pode o curador do nascituro ratificar o ato em que o representante dos herdeiros representou a esses, ignorando a existência da concepção.

A ratificação do poder de representação é negócio jurídico não formal, irrevogável; pode-se manifestar tacitamente, salvo se para o ato jurídico foi preciso instrumento público, ou particular, segundo o *princípio* de simetria, *pelo* menos, das formas.

6. Eficácia *da* ratificação. A eficácia da ratificacão é ex tunc. Por isso mesmo, se foi registrado o titulo de aquisição, qualquer alienaçao feita no intervalo é ineficaz para o registro. razão por que aquele que aliena como representante sem poderes tem de providenciar para que o representado ratifique, ou não. e pedir a retificação do registro. Se o registro não foi feito, pode o representado, que ratificou, promover o

registro; todavia, se outrem o procedeu. os efeitos do negócio jurídico, que ratifique, são apenas pessoais. Quem alienou, por intermédio de representante sem poderes, se vincula, enquanto se escoa o prazo para ratificar.

ou não; e esse prazo, se não foi marcado, tem de ser por notificação ao dono do negócio, com a cominação.

Depois de haver concluído o negócio jurídico sem poder de representação. não pode o representante revogar, alterar ou substituir o negócio jurídico, ou distrotá-lo (cp. art. 1.099. analogia que se impõe), salvo cláusula expressa. Se o representado conclui negócio jurídico com o terceiro, que torne supérfluo, para esse, o em que exerceu o poder de representação quem não no tinha entende-se que não ratificou a esse (cp. i. Hupka, *Die Haftung des* \/erti-eters ohne Vertretungsmacht, 168). No direito brasileiro, o que conclui negócio jurídico com representante sem poder não pode revogar; tem de dar prazo ao representado pelo representante sem poderes para que se manifeste, ratificando, ou não. A solução é mais acorde com a ciência do que a solução alemã; pois já nasceu ao representado o direito formativo gerador e a revogação iria ferir esse direito, contra o principio de que ninguém se pode desvincular se a lei não no permite, excepcionalmente. Não temos o §

178 do Código Civil alemão. Enquanto esse direito existe, o terceiro, contraente, está vinculado.

Para deixar de ratificar, ou para ratificai; é livre o representado, ainda que o representante tenha obrado como convinha aos interesses do representado e como seria a sua presumível vontade, Daí, se não houve estipulação de pagamento, pode ser marcado, a pedido do terceiro, ou do representante. Se, entre o representante sem poder e o representado havia relação jurídica subjacente, ou se ocorreu relação jurídica sobrejacente. de que se irradiou o dever de conferir o poder, ou de ratificar, tem o representante a pretensão à outorga de poderes ou à declaração de ratificação, com a ação do art. 641 do Código de Processo Civil, podendo mesmo ceder ao terceiro com que tratou, a pretensão e a ação (A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* III, 444).

7.

***Qual a* fonte da eficácia em caso *de* ratificação. Pergunta-se:** 0s efeitos são do ato jurídico, em que houve a representação sem poderes. ou da ratificação, que é outro ato jurídico? As alusões à retroeficácia, à retroatividade, ou à retrotração. são responsáveis pelo problema que não foi, em verdade, posto em termos rigorosamente científicos. Na L. 25, in *fine,* C.. de donationihus inter virum et uxorem. 5, 16, (liz-se: „sícut et alias ratihabitiones negotiorum ad ilIa reduci tempora oportet. in quibus contracta sunt. nec in ceterum subtilem divísionem facti vel iuris introduci posse". No texto justiníaneu. apenas se diz que as ratificações de negócios a de que se tratava e as outras — devem referir-se ao tempo em que os negócios se concluíram (contracta sunt): e repele, daí por diante, a sutil divisão do fato ou do direito **(?).** Na L. 7, *pr.,* C., *ad* senatus consultum *Macedonianum,* 4, 28, outro texto justinianeu se referiu ao empréstimo feito pelo filho, em nome do pai, sem poder de representação. e frisou ser preciso (necesse eM) que a ratificação pelo pai não seja diferente do mandato do pai se tivesse sido outorgado desde o começo: segundo a nova lei, toda ratificação retrotrai em quaisquer casos *(generaliter)* e confirma o que inicialmente se fez: **...** generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur ei confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt". O que se enunciava era a ida ao suporte fático, para ser completado, pois o negócio já entrara no mundo jurídico: a ratificação é para o ato do representante; não para o negócio: entende com o suporte fático, não com o ato jurídico, cuja eficácia desfavorável — à semelhança do que ocorre com a condição —

depende disso. O texto justinianeu refere-se à discussão que havia e resolveu segundo melhor pareceu ao imperador Antes, havia os que consideravam o ato jurídico nascer com a ratificação, indo essa ao passado enchê-lo e dar-lhe a data. Na L. 24, pr, D., ratam rem haberi *et de ratihabitione,* 46, 8. Africano exigia que a ratificação atendesse à admissibilidade dos efeitos ao tempo de se ratificar (cf. Marcelo, na L. 5, *pr.,* D., quis ordo in possessionibus servetur, 38, 15, e Africano, na L. 25, 46, 8); mas, na L. 71, §§ 1 e 2. D., de solutionibus *et liberationibus,* 46, 3, Celso, e, na L. 58, § 2, Ulpiano já raciocinavam como depois o texto justinianeu assentou. Nada ficou das tentativas de Cujácio. a propósito da L. 25 de Africano, de C. Búchel *(Civilrechtliche* Erórterunqen, 1. 74), E. Fein (Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz *der* Freisprechung naturaliter *obligirt,* archiv fúr *die* ciuilistische *Praxis.* 26, 179 s.). A. Brinz (Lehrbuch. 1, 1622), Er. Hellmann (Die *Stelluertretung,* 142 s.) e L. Mitteís (Die Lehre *von* der

Stellvertretung, 160 s4.

Nos nossos dias, tem-se de repelir o que afirmaram Africano e Marcelo (cf. E. Zimmermann, *Die* Lehre vou *der* Stellvertretenden Negotiorum Gestio, 256; especialmente. O. Karlowa, Das *Rechtsgeschàft* und *seiue WH-kunq,* 61 s.).

A ratificação (não se confunda com a ratificação do ato anulável, arts. 148 e 149) faz do ato do que se precipitou ato derepresentante. Sem ela, não teria eficácia o ato jurídico quanto ao que foi representado sem ter poder o representante.

8. Responsabilidade do representante sem poderes. Quando o ato jurídico foi praticado por alguém, que representou o dono do negócio, sem ter poderes de representação, há responsabilidade do representante perante o terceiro: *a)* se esse não conhecia os poderes outorgados (cf. art. 1.306, uerbis depois de conhecer os poderes"); *b)* se o representante lhe prometeu ratificação; c) se o representante se responsabilizou pessoalmente (cf. art. 1.306). Se o terceiro sabia que o representante não tinha poderes. nem esse lhe prometeu a ratificação pelo dono do negócio, nem se responsabilizou pessoalmente, nem garantiu, e.g.. se B

apresenta a C a carta de A, mas deixa ao critério ou à interpretação de C a solução quanto a considerá-lo, ou não, como investido de poderes «.1. l-iupka. *Die Haftung des* Vertreters ohne Vertretungsmacht, 181 s.), o ato do representante não gera responsabilidade (= não foi contrário a direito, porque o terceiro admitiu, sem ser enganado, que o representante podia representar. embora sem poderes). Se o representante tem de responder ao terceiro e se os deveres e obrigações nascidos do ato jurídico podem por ele ser adimplidos. a reparação consiste nisso, satisfeitas, porém. as exigências de garantia (e.g.. fiança) que forem necessárias, quanto a ele, embora não no fossem quanto ao representado. O credor não pode exigir o cumprimento pelo representante se esse não se pôs alternativamente como figurante do ato, ou não se obrigou a ato igual (promessa de manifestação de vontade). A indenização não consiste em prestar o que o representado prestaria ao terceiro se esse houvesse ratificado o ato do representante. porque, se assim fosse, poderia o representante exigir do terceiro o que teria de prestar ao representado. A reparação é pelo dano, que sofreu, pelo fato de não se ter eficacizado, quanto ao representado, o ato jurídico; porém não pode o representante alegar,

para diminuir a sua responsabilidade, a insolvência do representado (cf. art. 1.092, alínea 2L~). A indenização é em dinheiro; compreende o interesse positivo; abrange tudo que resultaria de lucros ao terceiro se a ratificação houvesse ocorrido. Se cabe a escolha entre entregar o que o representado entregaria, ou indenizar, o representante exerce direito alternativo, a respeito do qual incidem as regras jurídicas dos arts. 884-886. Nada obsta a que se estabeleça a eleição pelo terceiro. mas, ai, á a alternação implica possível inserção do representante no ato jurídico em que representou sem poderes; se não ocorre, incide o art. 887. O

que tem direito de eleição, e nao no exerce, expõe-se a ser-lhe marcado prazo, com a cominacão de se transferir ao que o marcou o direito de escolha. Exercido o direito de escolha, tem de ser cumprido o que se escolher, por ser irrevogável a comunicação de vontade. Se foi o representante, que preferiu o cumprimento, pode esse pedir o que o terceiro teria de prestar, ou ir com a exceçao de contrato inadimplido (art. 1.092.

alínea lt.

Se o representante ignorava que não tinha os poderes, seria injusto exigir-se-lhe prestar o interesse positivo: o terceiro somente pode exigir o interesse negativo.

O representante não é responsável: *a)* se o terceiro conhecia a falta de poderes e não exigiu promessa de ratificação. nem responsabilidade pessoal. nem inserção alternativa ou subsidiária; *b)* tratando-se de representação legal, se o poder não podia ser conferido (1. Hupka, Me *Haftunq des* Vertreters ohne Vertretungsmach. 198), uma vez que o terceiro tinha de conhecer a lei; *c)* se o maior de dezesseis e menor de vinte e um anos, sem suplemento de idade, representou, conhecendo o terceiro a idade dele (arg. ao art. 155).

§ 321. Cessacão do poder de representação

1. Extinção do poder de representação sem fundo. Chama-se poder de representação *fundado* (fundierte Vollmacht) o que tem por base outra relação jurídica, de que dependa e lhe haja dado ensejo. Alude-se,

assim, ao negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente. Sem fundo é o poder de representação que não deriva de relação jurídica subjacente ou sobrejacente. Extingue-se o poder não fundado de representação: *a)* se já exercido, exaustivamente; *b)* se sobrevém impossibilidade de exercício: c) se resulta do seu conteúdo; *d)* na *dúvida,* com a morte do investido do poder de representação; *e) na dúvida,* com a incapacidade do investido do poder de representação; fi com a revogação, se revogável. Não pela morte do que outorgou (L.

Enneccerus, *Lehrbucb.* 1. 471; contra, sem razão. Heldrich, Die Celtung der Vollmatch nach dem Tode des Vollmachtgebers, Jherings *Jahrbúcher,* 79, 325). O poder de representação, se fundado, somente se extingue pela morte, ou incapacidade do outorgante, se a morte ou incapacidade dele extingue o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente; porque, aí, a extinção é à semelhança da impossibilidade do ato que se desejava ou do exaustivo exercicio do poder de representação. Assim, o poder de representação para o registro no registro de imóveis não se extingue pela morte ou incapacidade do outorgante (L. Enneccerus, Lehrbuch, 1, 470, nota 7; G. Planclç, Rommentar, 1, 456); nem se precisa provar que nao se extinguiu (sem razão, á.

Mupka. Die \/*ollmacht,* 383: E. Hôlder Kommentar, 1, 364). Se o outorgante perdeu a qualidade que lhe dava o poder de outorga, com esse fato extinguese o poder de representação que conferira (e.g..

inventariante, testamenteiro, síndico). O poder de representação. que a mulher solteira, ou viúva, conferiu, não se extingue se ela se casa, salvo se poder de representação fundado e o casamento extingue o negócio jurídico subjacente ou sobrejacente, e.q., o mandato. Mudanças na pessoa do representante legal não atingem o poder de representação que ele outorgou a alguém (O. Warnever. Kommentar, 1. 316). O sub-poder de representação extingue-se com o poder de representação. Não o substabelecimento. Não há denúncia da outorga de poder de representação sem fundo; a denúncia somente poderia ser, conforme se dá no art. 1.316, 1, 2ª parte (onde „renúncia“ é erro de terminologia), do negócio jurídico subjacente. ou sobrejacente, por ser fundado o poder de representação (G. Planck, Kommeutar, 1, 453). A revogação extingue o poder de representação desde quando começa a sua eficácia perante o outorgado. O poder de representação pode ser outorgado, irrevogavelmente. ou tornado irrevogável. se a irrevogabilidade não importa em ser ilícita ou impossível a outorga (art. 145, II). A revogação da outorga irrevogável de poder de representação é ineficaz (A. von Tuhr. Der Allgemeine *Teu,* III, 410). Não é acertado dizer-se que é nula. ou anulável; ou que não entra no

mundo jurídico. A manifestação unilateral de vontade. receptícia, de que resulta o poder de representação. dirige-se ao outorgado ou ao terceiro. E insustentável a opinião de O. Lenel (Stellvertretung und Vollmacht, Jherings Jahrbticher, 36, 30), que só exige a recepção pelo terceiro; bem assim a dos que exigem a recepção pelo outorgado e pelo terceiro. se esse teve conhecimento da outorga (P. Oertmann, Allgemeiner *Teu,* 529; L. Rosenberg, *Stellvertretung* im *Prozess,* 723). Toda a discussão assenta em confusão: a outorga é manifestação de vontade dirigida ao outorgado ou ao terceiro; o efeito de extinção é contra o outorgado e contra o terceiro, porque o poder de representação também existe antes de conhecê-lo o outorgado. O mandato éque precisa ser comunicado ao mandatário e isso basta para que o extinga; foi para se protegerem os terceiros que se redigiu o art. 1.318, peculiar ao negócio jurídico subjacente. O outorgante revogou (suporte fático9, mas a revogação entra no mundo jurídico com as notificações, em duas setas, uma dirigida ao outorgado, outra aos terceiros.

Na L. 34, § 3. D., *de* solutionibus et Iiberationibus, 46, 3, Juliano diz que, se eu houvesse posto a Tício á frente de todos os meus negócios. e depois houvesse vedado, ignorando-o os devedores, que administrasse meus negócios, liberados ficariam os devedores, pagando a ele; porque se entende que o que põe a alguém à frente dos seus negócios lhes manda também aos devedores que paguem ao procurador. Adiante, na L. 51, tem-se de Paulo: ao administrador, que, ignorando-o o devedor, foi removido da administração, paga-se bem, porque se lhe paga por vontade do dono (do negócio): se o que paga ignora que foi mudada, fica liberado. Paulo alude ao suporte fático (verbis “ex voluntate“). Os dois textos só se referiam a solução de dívida; não aos negócios jurídicos (cl. L. 41, D., de rebus creditis, 12. 1, aliás interpolada). Quanto á nomeação de institor. L. 11, § 2-5, D., de institoria actione, 14, 3 (interpolada). Aliás, não se tratava de representação.

No direito comercial, o art. 159, alínea lC, exigia o registro da revogação do mandato com poderes gerais; mas tal exigência caiu em desuso, sem grande repercussão, porque “a falta do registro”, disse o art.

159, 2ª alínea, apenas “estabelece a presunção da validade dos atos praticados pelo mandatário destituído”.

Portanto, o mandato é que se extingue pela revogação, mas a eficácia para a extinção do poder se presume.

Entra. aí, a proteção da boa-fé, segundo os princípios do direito civil (art. 1.318).

A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 20 de janeiro de 1942 *(RF* 90/446), decidiu que a procuração irrevogável pode ser revogada, prestando o outorgante perdas e danos. O absurdo é gritante. A manifestação de vontade irrevogável não pode ser *eficazmente* revogada; se o manifestante a revoga, o seu ato jurídico é ineficaz. O outorgado pode exercer o poder de representação. Se o outorgante praticou, de si só, o ato, sim, responde por ato ilícito absoluto; ou, se há mandato, por ato ilícito relativo, pois infringiu cláusula do contrato de mandato. Também a 1ª Câmara, a 10 de maio de 1943 *(RF* 95/600), entendeu que, se o outorgante praticar o ato, a que se refere o poder conferido, o ato vale. Devera ter dito é eficaz; mas acrescentando: salvo se a procuração em causa própria ou irrevogável foi registrada (e.g., averbada no registro do imóvel).

O outorgante não tem o dever de aceitar a atividade, postenor à revogação, do outorgado, ainda se de acordo com o contrato subjacente. O poder de representação extingue-se com a revogação ainda que esteja dentro do tempo do contrato (E. Wetschky, *Liber* die Widerruf/ichkeit der *k/ollmacht,* 26). E preciso que se não confunda a revogabilidade da outorga de poder de representação e a irrevogabilidade do contrato, ou negócio jurídico unilateral subjacente. A infração desse produz dever de reparação; o poder de representação, revogável, permanece revogável. Se foi no negócio jurídico, ou alhures, tornado irrevogável o poder de representação, sendo possível, é outro problema (E. Lax, Die *Vollrnacht,* 65 5.; P. Lehmberg, *Die* Er/óschungsgrúnde der *Vollmacht,* 51 s.). Se não é irrevogável, a revogação é ineficaz, de modo que, a despeito do ato jurídico revocatório, o poder de representação persiste.

2. *Extinção* do poder de representação fundado. *(a)* Resulta da natureza do poder de representação que ele se extinga com o exercício, obtendo-se o ato jurídico que se desejava obter com ele.

(b) É óbvio que também se extinga com a impossibilidade de tal ato; e.g., se fora para o ato de casamento de A com B e B se casou com outrem.

(c)

Do conteúdo do poder se tira que ele se extingue quando se realiza a condição resolutória, ou se atinge o termo final. Se há relação jurídica subjacente, ou sobrejacente, a duração do poder de representação é a que resulta daquela; salvo se diversamente se dispôs.

(d)

Se o poder de representação foi derivado de relação jurídica subjacente entre o outorgante e o outorgado, há-se de entender que cesse com ela, salvo se o outorgante estabeleceu que permanecesse. Nada obsta a que, devendo A a B lhe dê procuração para receber um ano de aluguéis, se bem que com o recebido de três meses dê para Bse pagar: B terá de entregar a A o resto. Se nada disse A quanto ao tempo, tem-se por igual ao do negócio jurídico subjacente. A regra jurídica refere-se ao outorgante e aos terceiros, cuja boa-fé, em todo o caso, se há de proteger. Por onde se vê que se tem de descer, a cada passo, à relação jurídica subjacente: o poder de representação oriundo de contrato de sociedade se extingue, de regra, com a falência, incapacidade, ou morte de um dos sócios (art. 1.399,1V). O poder de representação, oriundo do mandato, e o mandato terminam com a morte de qualquer dos contraentes (art. 1.316,11). O poder de representação concernente a bem que não pertence à massa concursal de modo nenhum se extingue com a falência. Nem sempre o poder de representação se apoia em relação jurídica entre o outorgante e o outorgado: abstrato, o poder de representação pode existir sem que exista qualquer relação jurídica dessa natureza, como se A comunica a C que deu poder a B.

(e) **O** poder de representação é livremente revogável. A revogação é por manifestação unilateral, receptícia, de vontade; ainda que tácita (cp. art. 1.319), *e.q.,* exigindo-se a restituição dos papéis referentes ao caso. A eficácia depende da chegada ao outorgado, ou ao terceiro. Revogação eficaz quanto a um pode não no ser quanto ao outro. A revogação pública só é eficaz se chega ao conhecimento da pessoa que a contesta. O poder de representação é irrevogável se a irrevogabilidade resulta de relação jurídica subjacente (cp. art. 1.317, II); e.g.. se A nomeou a B gerente. enquanto esse o for tem poder de representação. Também o é se inserto em mandato irrevogável, em virtude de convenção (art. 1.317, 1), ou quando conferido ao sócio administradon ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se o contrário se diz nos estatutos ou em texto de lei (art. 1.317, III). A revogação tem de ser dirigida ao outorgado, ou ao terceiro; só se torna eficaz à chegada àquele. ou a esse. Discute-se se o

poder de representação pode ser irrevogável ainda para depois da morte do outorgante, isto é, se o outorgante pode dispor que a eficácia somente começará depois da morte (poder de representação a causa de morte) e se o outorgante pode fazê-lo irrevogável ainda depois da morte (pelos herdeiros). Contra, radicalmente, Heldrich (Die Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers, Jherings *Jahrbúcher,* 79, 323 s.), de modo que, para se dar direito a retirar dinheiro após a morte do outorgante, teria ele de lançar mão de estipulação a favor de terceiro. Em todas as espécies acima referidas, a causa da irrevogabilidade está na vontade do outorgante.

sendo de notar-se que a irrevogabilidade ou deriva de manifestação explícita de vontade, ou de manifestação implícita, por ter o outorgante atribuído o poder de representação no interesse do próprio outorgado. ou de terceiro (e.g.. para adimplir obrigação perante esse). Discute-se se é válido o pacto posterior de irrevogabilidade (dito „renúncia ao direito de revogação"): pela afirmativa, J. Hupka (Die k/o/lmacht, 411), A. von Tuhr (Der *Allgemeine Teu.* III, 409), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª cd., 471), salvo se importar em ilicitude ou impossibilidade (art. 145, 11; A. von Tuhr. *Die* untviderruf/iche *Vollmacht,* 55): pela negativa, G. Planck (Kommentar, 1, V ed., 455) e H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1. 274). Em tudo isso, há grande confusão entre renúncia e efeito de pacto posterior. E tão permitido quanto seria a cláusula inserta na própria procuração. Cumpre, ainda, observar-se que a irrevogabilidade não torna causal a outorga de poder (1. Hupka, Die *Vollmacht.* 392; 5. Salomon, Erlàschen der *Vollmacht.* 37; sem razão, E.

Hôlder, 1. 364). Se a revogação se faz publicamente, só surte efeitos quanto àqueles a cujo conhecimento chegou, salvo se a outorga de poder foi feita pela mesma forma: quem confia em outorga por anúncios, ou editais, há de esperar que se revogue pela mesma forma; daí a eficácia erga amues (cp. art. 1.514).

É preciso não se confundir o pacto posterior de irrevogabilidade com a promessa, que faça o outorgante, de não exercer a revogaçao: se o outorgante a exerce, revoga; o outorgado tem, apenas, a pretensão à reparação do dano, por inadimplemento do prometido (A. von Tuhr, Der *Allgemeine TeU,* III, 410. nota 217).

(J) Discute-se o poder de representação também se extingue pela morte do outorgante (afirmativamente, J. Hupka, Die *VoI!macht,* 382, salvo clausula heredum; contra, M. E. Eccius, Zur Lehre von der

Vollmacht. Gruchots Beiträge, 47, 210 s.. porque o morto não pode ser representado; E. Hólder, Kommentar, 1, 364, para quem a morte opera como a revogação; conforme as circunstâncias, i. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 542; 1-1. Rehbein, *Das* Búrgerliche *Gesetzbuch,* 1, 270: 5. Salomon, Er)óschen der *Vollmacht.*

28 s.). Mas a solução depende de se extinguir ou não o negócio jurídico em que se funda.

(g) Quanto à morte do outorgado, extingue ela o poder de representação, salvo se foi outorgado a alguém e seus herdeiros *(clausula heredum),* ou para relação jurídica em que seriam interessados os herdeiros. ou se a procuração foi passada iu rem suam (K. Hellwig, Die X/erträge *auf* Leistung au Dritte, 119), ou se interessados sócios ou sucessores.

(h) Quanto à capacidade do outorgante, observou i. Hupka (Die *Vollmacht,* 384 s.) que é necessária à outorga: não ao tempo do desempenho do poder de representação, tanto mais quanto poderia o representante do interdito revogar a outorga de poder. Dessarte, a extinção não seria ipso ure, mas em virtude de revogação.

(i) Quanto à incapacidade do outorgado: contra os que sustentaram não se extinguir, na dúvida, o poder de representação, porque caberia ao outorgante, querendo, revogar e, se o não faz, **é** porque não quer, aduziu-se que a mudança se dá no investido do poder, o que não é o mesmo que investir de poder o incapaz (cf. ,.J.

Hupka, Die k/o)Imacht, 383). Geralmente, admite-se que a recuperação da capacidade importa recuperação do poder: a incapacidade superveniente apenas ineficacizaria (3. Hupka, 383; K. Hellwíg, Die *Vertràge* auf Leistung au Dritte, 119; diferente, E. Hálder, Kommentar, 1, 365). Em verdade, quanto à incapacidade do outorgado, o poder de representação se extingue, se a incapacidade, que sobrevém, é a que determinaria a impossibilidade da outorga de poder a ele.

(j) Também se discute se o concurso de credores do outorgante extingue o poder. Naturalmente a questão só é concernente aos poderes de representação tocantes a interesses incluídos na massa concursal.

As opiniões foram pela extinção, ou pela continuação com o representante da massa. Certa, essa.

(k) Outra grave confusão é entre a denúncia do negócio jurídico em que se baseia o poder de representação (poder de representação fundado, *fundierte Vo)Imacht)* e a extinção do poder de representação em virtude da denúncia do negócio jurídico subjacente ou sobrejacente. Resolve-se como em (d).

3. Forma da *reuogação.* O Código Civil não tem regra jurídica explicita sobre a forma da revogação da outorga de poder, nem, sequer, em caso de mandato. Noutros sistemas juridicos dá-se o mesmo. Há dois problemas: *a)* o da revogação da outorga do poder de representação; *b)* o da revogação da comunicação ao terceiro (cf.

art. 1.318), que é ato jurídico stricto sensu. Os elementos que se têm para interpretação são os arts. 1.093 e o princípio (a *priori)* da simetria das formas, pelo menos (cp. art. 1.514). Não há dúvida que a expressão

"distrato" abrange. no art. 1.093, qualquer acordo com que se atinja negócio jurídico bilateral ou unilateral, porque é a relação jurídica que importa desfazer-se. Quanto à revogação (e.g., arts. 1.081, IV, 1.514, 1.316, 1, e 1.318, revogação da notificação), não se pode considerar distrato, posto que possa resultar de distrato do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente à outorga de poder de representação. Temos, pois, apenas, o princípio geral de direito (princípio de simetria, pelo menos, das formas). Não se pode revogar procuração passada por instrumento público se não se emprega o instrumento público; nem se pode revogar oralmente a procuração passada por instrumento público ou particular, posto que por instrumento público se possam revogar quaisquer procurações e por instrumento particular a procuração oral, ou tácita.

Quanto á comunicação sobre a revogação, segue ela o mesmo princípio: se a notificação foi judicial.

somente pode ser revogada por instrumento público, *apud* acta, ou por editais (judicialmente); se foi por anúncios públicos, há de ser, pelo menos, por anúncios públicos (cp. art. 1.514; certo, G. Planck, Kommentar, 1, 461, e O. Warneyer, Rommentar, 1, 318). Ressalve-se,

porém, que a comunicação pessoal basta para a eficácia quanto à pessoa a quem se fez a comunicação da revogação (3. Hupl□a, Die *VoI)rnacht,* 432 5.; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 318; sem razão, G. Planck, 1, 461). Não há, no direito civil brasileiro, regra jurídica como a do art. 115 do Código Civil suíço (desnecessidade de forma especial para extinção ou redução de crédito); temos, em vez disso, o art. 1.093 e o art. 1.514.

Se o poder foi outorgado por meio de proclamas públicos, a citação edital tem de ser de todos quantos hajam tratado com o outorgado, salvo se o outorgante sabe quais foram aqueles ante os quais o outorgado exerceu o poder, caso em que a citação pode ser pessoal.

§ 322. Eficácia após a extinção do poder de representação

1. *Tutela* dos interesses do outorgado e de terceiros de boa-fé. A terminação do poder de representação opera-se ipso *iure.* Não se diga que é preciso chegar ao conhecimento do terceiro, ou do outorgado, que foi revogada a outorga, porque a revogação entra no mundo jurídico ao ser suficiente o seu suporte fático; o que depende da recepção pelo destinatário é a eficácia, em suas duas direções (ao outorgado, ao terceiro, ou terceiros). Exatamente no se determinar quando e a respeito de quem começa a eficácia foi que entraram em exame considerações de tutela dos interesses do outorgado, ou dos terceiros de boa-fé. No direito romano, apenas se esboçou a solução quanto aos terceiros (L. 34, § 3, e L. 51, D., de *solutionibus et* liberationibus, 46, 3), tendo sido o direito comum que a estendeu aos negócios jurídicos e fatos jurídicos outros que o pagamento e a nomeação do institor. Quanto ao outorgado, foi diferente: cedo se reconheceu que a revogação, para ser eficaz, quanto a ele, tinha de por ele ser recebida, ou, pelo menos, dele conhecida.

2. *Tutela* dos terceiros. A tutela do terceiro supõe que a outorga lhe tenha chegado ao conhecimento e não a revogação. Tratando-se de outorga de poder de representação, que se tenha lançado ao público, a revogação há de ser com a mesma extensão, pelo menos, com que foi divulgada. Se a outorga foi em instrumento público, não há divulgação, e a revogação há de ser com a averbação à escritura de

outorga, e no registro de imóveis, se aí foi registrada. Se a outorga foi em instrumento particular, o outorgante tem de providenciar para que lhe seja devolvido, ou promoverá a publicação da revogação, o que se pode obter por decisão do juiz. com o edital, à semelhança da citação. Basta, porém, para que se não tutele o terceiro, a prova de que conhecia ou tinha de conhecer a extinção do poder de representação, o que se pode fazer, como medida cautelar, segundo os arts. 86 1-866 do Código de Processo Civil. O outorgado não pode de modo nenhum reter o instrumento da outorga, se foi revogada. A revogação da outorga irrevogável de poder de representação é ineficaz.

No tocante ao mandato, rege o art. 1.321.

§ 323. Mensageiro (nuntius)

1.

Figura do mensageiro; *explicação da* sua *natureza.* Tentou-se *(a)* explicar o mensageiro como representante de certa espécie (ainda L. Mitteis. Die *Lebre* vou *der Stellvertretung,* 131). em plena contradição com os fatos da vida. Também *(b)* como grau ínfimo de representante (F. von Savigny, Das Qbligationenrecbt. II. 57 s.): o núncio seria representante atado, apoucado. O representante seria o núncio livre, desprendido. indo de mínimo (poderes restritos) a máximo (poderes gerais e amplos). Com isso, desatendia-se à diferença, e reduzia-se a função do representante, cuja atividade, no que fizesse fora dos poderes, seria nada jurídico" (cf. a crítica de F. Hellmann, *Die Stellvertretung* in *Recbtsgescbàften,* 16).

Outra opinião (c), bebida nos fatos e nas fontes, veio aos poucos formar-se, com base em Duareno (Opera omnia, III, 123), para quem o mensageiro é carta falante e a carta mensageiro, razão por que contratar por mensageiro não contradiria o *Ter alienam personarn nibil* nobis acquiri, como o não contradiria o contratar por carta. Outros velhos juristas, posteriores, apontaram o mensageiro como instrumentum *voluntatis, velut* organum *et pica* domini (cl. L. Mitteis. Die *Lebre* vou der *Stellvertretung.* **128:** sobre Duareno. F. Curtius, Die Stellvertretung, *Arcbiv* fOr die civilistiscbe *Praxis.* 58, 71 s.). O núncio

é simples órgão, não mais do que a língua, disse E. Zimmermann *(Die Lebre* vou *der stellvertretenden* Negotiorum Gestio, 18); é boca (Konrad Cosack, *Lebrbucb,* **1, li** ed., 211). Lutou, em vão, L. Mitteis, contra a concepção do mensageiro sem vontade; sem atender a que, se a tem, deixou de ser mensageiro.

O

art. 89 distingue o mensageiro e o representante. de modo que nos livramos daquelas concepções que não os distinguiam, como a de F. von Savigny.

Ainda tentaram negar a diferença entre o representante e o mensageiro, 5. Schlossmann (Die *Lebre* vou der *Stellvertretung.* 304 s.) e L. Rosenberg *(Stellvertretung* im Prozess, 175 s.), mas os seus argumentos foram destruidos (ci. H. Titze. Die *Lebre* vom Missverstàndnis, 241). O mensageiro, ainda oral, não precisa ser capaz. O seu ato é fato; pode dar-se que ele mesmo não entenda o que transmite. O menor absolutamente incapaz, o louco, o surdo-mudo podem ser mensageiros. O que ele faz é transmitir. como aparelho, mais ou menos fiel. Não importa se o manifestante da vontade deixou o mensageiro decidir se devia, ou não.

entregar ou comunicar (A. von Tuhr, Die *unwiderrujlicbe k/ollmacbt,* 92); e.g., A desconfiava de que B não estivesse na casa comercial e não queria que os empregados recebessem o recado escrito ou oral.

Todavia, convém prestar-se atenção a algumas diferenças entre as concepções dos escritores: uns frisam haver representação na declaração (não na vontade), tal como L. Mitteis (Die Lebre *von* der *Stellvertretung,* 78) e E. Windscheid *(Lebrbucb,* 1, Y ed., 345 e 351 s.), o que é elevar-se a incumbência àcategoria de representação, dilatando-se, excessivamente, o conceito dessa; outros distinguem do conceito de representação, sem alusão à maior ou menor abrangência do mandato, o conceito de mensageiro, de modo que pode haver mandato especial na representação e na mensagem, sem se excluir que esse seja especial (E.

Zimmermann, *Die Lebre von der stellvertretenden* Negotiorum Gestio, 19; J. Unger, *Systern,* II, 4ª ed., 129

s.). Rudoli von Jhering entendia que o mensageiro representava, porém só no mundo tático; donde a sua distinção entre representação

tática e representação jurídica. O papel do mensageiro somente entraria no suporte fático do negócio juridico como elemento f ático (Mitwirl□ung fúr tremde Rechtsgeschãfte, iabrbàcber *fúr die Dogmatik,* 1, 274 s.), o que implicaria em se poder ter como fática a procedência do declarar. A declaração poderia ser tática. O negócio juridico seria pura atividade volitiva interna. Em todo o caso, foi erro dele ligar a atirmação de ser fática a atividade do mensageiro à da possibilidade de haver elementos táticos nos suportes táticos dos negócios jurídicos. A segunda é verdadeira. A primeira não no é.

O incumbido é responsável ao que dá a incumbência. Nem a segunda tese basta a sustentar-se a primeira (Adolf Maier, Der *Bote,* 14), nem a terminologia ajuda fática" e ajuda juridica" seria, nas espécies, de acolher-se (sem razão, Adolf Maier, Der *Bote,* 14 s.).

2. Espécies de mensageiros. Dentre os mensageiros, têm-se de distinguir os mensageiros-correios, ou portadores de cartas, e os núncios, mensageiros orais (E Regelsberger, Pandekten, 1, 586).

Ambos são instrumentos comunicativos, expressão de R. von dhering; mas a atuação deles é diferente.

Ainda há os mensageiros enviantes e os mensageiros receptivos.

3. Mensageiros, epístolas e cartas. Nas tontes, comparam-se mensageiros com epístolas e cartas. Na L. 15, D., de *pecunia constituta,* 13, 5, dizia Paulo: "Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur": ainda se livre a pessoa, por cujo intermédio se constitua, não haverá impedimento, porque adquirimos por meio de pessoa livre, pois que se entende que, em tal casso, apenas cumpre incumbência. Na L. 18, D., de sponsalibus, 23, 1, Ulpiano advertiu em que não importava constituírem-se esponsais *per* se, presentes os tigurantes, ou por internúncio, ou epístola, ou de outro modo; tanto mais quanto eram trequentes as pessoas interpostas. Na L. 37, D., *ad senatus consultum Trebellianum,* 36, 1, insistiu em que se podia restituir a herança, pessoalmente, por atos, positivos ou negativos, ou se disse que restituia, ou se restituiu por epístola ou mensageiro (per *epistulam uci* per *nuntium).* Na L. 1, § 1, D., de procuratoribus et *deJensoribus,* 3, 3, ainda explicou que o procurador pode ser para todos os negócios ou

para um só, ou estando presente, ou por meio de mensageiro, ou por epístola (vel coram, vel per nuntium, vel per epistulam), se bem que alguns, segundo escreve Pompônio, não considerem que é procurador o que é mandatário para um só negócio; tampouco se há de chamar, propriamente, procurador quem se incumbiu de levar algo, ou carta, ou aviso. Ressalta dos textos que Ulpiano distingue, sem vacilação, o procurador e o núncio, e afirma que, *proprie,* não se podem confundir (ct. F. Curtius, Die Stellvertretung, *Arcbiv* fOr *die ciuilistiscbe Praxis,* 58, 71), inclusive quanto ao procurador de um só poder, dito especial. Na L. 2, § 2, D., *de obligationibus et actionibus, 44, 7,* ao se falar de negócios jurídicos entre ausentes, Gaio dizia que também se podiam contrair, por exemplo, por carta, ou por núncio. Na L. 1, § 1, D., mandati *vel* contra, 17, 1, Paulo acentuou-o quanto ao mandato, ***e,*** na 1, § 2, D., de *contra benda* emptione, 18, 1, referiu-se às compras-e-vendas por direito das gentes **(...** *et* per nuntium *et* per *litteras).*

Mão e Acúrsio frisavam a comparação entre o núncio e a pega. para mostrar a falta de vontade, o que não é comparação feliz, ainda se se atende a outro elemento, diferenciador: "recotat verba domini; in persona domini debet concipere verba. Melhor a comparação com o órgão (Cino da Pistoia, Commentaria in Cod. et *aliquos titulos* prími Pand. lomi, ad L. 6. C., 4. 50. nota 6); porém não admissível sem se dizer órgão secundário, órgão artificial, ou quase órgào. O mensageiro da diretoria da pessoa jurídica é como o braço do diretor, ou dos diretores; nao, da pessoa jurídica. Braço da pessoa jurídica é a diretoria, ou diretor; porque o mensageiro é órgão do diretor ou dos membros da diretoria, como pessoas fisicas. ao passo que órgão da pessoa jurídica é o diretor ou são os diretores que, pelo mensageiro. ou núncio, praticam o ato *da pessoa* jurídica.

Aqueles que consideram o mensageiro como representante na declaração extrapolam o conceito de representação e empregam o termo declaração em sentido ambíguo, se não equivoco (o automático representaria na declaração; o sinal luminoso, também). Por outro lado, identificariam procuração com um só poder e mensagem. porque, *ex hyppotesi.* não haveria espaço para vontade especial. Só a vontade seria importante para o negócio juridico. Não só L. Mitteis *(Die Lebre vou* der *Ste!lvertretung,* 117), na estrada de R. von ~Jhering, chegou a esse extremo. Outros reduziram a bem pouco a qualidade jurídica da procuração (cf. E Regelsberger. *Pandekten,* 585 5.; LI. Schott, Der *obliga* toriscbe *k/ertrag* unter *Abwesenden,* 74). Mais ainda: é ineliminável do direito, como orgão físico (cp. órgão biológico), o

automático; *a fortiori,* o mensageiro. que é órgão. mas sem certa atividade própria, o que o distingue, qualitativamente, do procurador.

4.

Inexatidão ou infidelidade na transmissão. Se o mensageiro transmite outra manifestação de vontade que aquela de que foi incumbido, transmite a vontade do manifestante, erradamente. Daí ter esse de anulá-la.

Tem, todavia, de reparar o interesse negativo. Tudo isso é assaz diferente do que se passa com os procuradores. Daí a necessidade de se saber de que figura se trata. se de representante, ou se de mensageiro.

Se nenhuma liberdade tem no que transmite, trata-se de mensageiro (E. 1. Bekl□er, Sprachliches und Sachliches, *Jberings Jabrbúcher,* 49, 33). Se recebe procuração escrita, ou pode assinar, ou verificar papéis, impostos ou outros dados, é procurador. Quanto ao erro, é que mais ressalta, nos resultados, a diferença. Se B diz que A manda dizer, E é mensageiro, porém, aí, mais importam as circunstâncias que as palavras; se entra em ajustes, exames de ofertas ou contra-ofertas, se toma parte em tratos preliminares, é de procurador que se trata. São circunstâncias que pesam: se B é criado ou empregado doméstico de A, e atua como comprador de objetos de uso pessoal, ou da casa, é mensageiro; se B é administrador e trata de assuntos de sua profissão, é mandatário.

5.

Princípios comuns *à nunciatura* e à *representaçâo.* Alguns princípios relativos aos mensageiros são idênticos aos que se referem aos representantes. O mensageiro, se tem escrito que o autorize e identifique, tem o dever de apresentá-lo, e o destinatário pode pedi-lo (cp. art. 1.305). Num e noutro caso, o ato é de simples comunicação. Se o mensageiro, B, emite comunicação de manifestação de vontade, como se proviesse de A, ou diferente da que devia comunicar, A pode ratificar o que B comunicou (cp. arts. 1.297, 148 e 149). Se A não ratifica, além das conseqüências para A, B responde ao destinatário, à semelhança do representante (cp. art. 1.305). Em todo o caso, se o mensageiro atuou conscientemente, não há manifestação de vontade de A; e o ato de B é ato ilícito absoluto.

Não só se representa em negócios jurídicos. Representa-se em atos jurídicos stricto *sensu (e.g.,* comunicações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento): reclamações, interpelações, proibições, cominações, negações, oposições, notificações, perdões. A regra é a representabilidade (sem razão, excluindo-a sempre, A. Manigk, *Willenserklàrung, 677,* 711 e 741); as exceções resultam da lei ou da natureza do ato.

Também há representabilidade em cedas *tomadas* de *conbecimento,* como se o prazo há de começar desde a ciência por alguém, que tem representante para o negócio, ou em se tratando de interrupção da prescrição ou da usucapião *(e.q.,* má-fé por parte do representante legal), ou de aceitaçã.o da herança (art.

1.584). Se o conhecimento por parte do representado basta, é questão que depende de se saber se o representado tem poder de disposição e é capaz *(e.q.,* estabelece-se a má-fé, no tempo para a usucapião, se conhecida a falta de direito pelo representante legal ou pelo representado relativamente incapaz, ou pelo representante voluntário ou pelo representado).

Nos atos-fatos jurídicos, a cooperação de terceiro não é de representante, é de servidores (especificação, emprego de materiais na obra empreitada; pagamento, gastos e inversões, como estrumação, sulfatação de árvores) ou de mensageiro ou nuncio.

No exercício de direitos *e* no cumprimento de deveres, sempre que aquele ou esse se possa dar mediante negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu, é possível representação, salvo se a natureza do ato ou a lei a pré-exclui. A responsabilidade do devedor é a mesma se houve representação, ou simples prestação de serviços. O contraente responde pelo engano do representante nas negociações, *e* pelo ato ilícito absoluto (arts. 159 e 1.521); bem assim pelo engano ou ato ilícito absoluto dos seus auxiliares.

Conteúdo dos Atos Jurídicos

§ 324. Conteúdo do ato jurídico

1.

Conceito de conteúdo. Conteúdo do ato jurídico lato sensu, é *(a)* o que o enche, dando-lhe significado de manifestação de querer, de representação, ou de sentimento, mais exige como conteúdo necessário. Ou se inclui no último elemento, ou se tem *(b)* de pôr à parte, elemento, junto ao conteúdo e à forma. Poucos mam mais precisão da doutrina do que esse. Não se ao fim ou escopo querido do ato juridico. Por se pode (d) limitar o conceito, a ponto de só ser se quis mais o que se poderia querer diferente, e tou ou declarou, dando-se ensejo à incidência de o que a lei lhe conceito desse como terceiro assuntos reclabasta (c) aludir-outro lado, não conteúdo o que não se manifesregras jurídicas dispositivas; menos ainda (e) excluir esse último elemento. A manifestação de vontade não é todo o conteúdo. Assim, a opinião (d), que é a de muitos juristas, inclusive o administrativista dinamarquês Poul Andersen *(Ungúltige Verwaltungsakte,* 119), deixaria de fora o elemento conteúdo cogente, caindo-se na contingênaia prevista em *(b):* conteúdo, mais forma, mais *x.* A opinião (c) está naqueles que procuram definir o conteúdo do ato jurídico mais pela eficácia, portanto no plano da eficácia, do que no plano da existência, isto é. do que pela análise do suporte fático que entra no mundo juridico. fazendo-se ato juridico. E o caso, por exemplo, de A. de Vaíles *(La „./alidità dcqli Atti* amministrativi, 260 s.). É de notar-se que os juristas, de regra. ao falarem de ato juridico, não precisam a qual conceito de ato jurídico se referem: ou aos atos negócios jurídicos, tão-só, ou aos atos juridicos stricto sensu. ou aos atos atos-fatos; ou aos atos jurídicos *lato* sensu.

Quase sempre exame atento do que enunciam mostra que só aludem a atos negócios jurídicos, — o que é, evidentemente, deixarem fora de análise o que também possui conteúdo e forma, os atos jurídicos stricto sensu. Aqueles mesmos que adotam conceito mais largo incorrem na restrição de só se referirem a declarações de vontade, esquecendo-se do que é manifestação de vontade sem declaração no sentido estrito, e do que não é, sequer, manifestação de vontade (e.g., de representação, ou de sentimento). O conceito de conteúdo não pode cingir-se ao conteúdo dos atos jurídicos negociais, nem pode o jurista olvidar, ou conscientemente pôr de lado o elemento cogente. O conteúdo pode ser cogen *te, dispositivo* e *querido* sem *ajuda da lei;* noutros termos, cogente, dispositivo legal e dispositivo solto. A opinião *(e)* é dominante na doutrina, com a marca de desatenção pelo que é resultante, no conteúdo, do que a lei *põe* e do que a lei dispõe, se diferentemente o manifestante não dispôs. O seu defeito repete-se ao se conceituar *forma,* porque é levada a definir forma o meio de

reconhecibilidade (pelo mundo jurídico) do querer interno do sujeito agente, ficando de fora a forma que a lei exige, sem ser para essa reconhecibilidade do querer interno.

2.

Elementos essenciais *e elementos acidentais* do ato *jurídico.* São elementos essenciais dos negócios jurídicos, ou dos atos jurídicos stricto sensu, os que fazem os suportes fáticos serem negócios juridicos ou atos jurídicos stricto sensu, ou serem cedo tipo de negócio jurídico, ou de atos jurídicos *stricto* sensu. Se falta algum, não há o tipo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto* sensu, ou não há negócio jurídico, ou ato jurídico stricto *sensu.* São elementos naturais os que, se os há, negócio jurídico, ou ato jurídico stricto sensu, ou o tipo de negócio juridico, ou de ato jurídico *stricto* sensu, de si mesmo exsurge: existem tais elementos porque, sem necessidade de manifestação de vontade dos que negociam, ou do que negocia, a lei mesma os estabelece. Elementos *acidentais* são os que poderiam não se achar no suporte fático, sem que esse deixasse de entrar no mundo juridico, como negócio jurídico, ou como ato jurídico stricto *sensu,* ou como determinado tipo de negócio juridico ou de ato jurídico *stricto* sensu. Percebe-se que as noções se elaboraram tendo-se diante de si os tipos de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto *sensu.*

Necessariedade, implicitude e eventualidade, tais as três circunstâncias que sustentam a tricotomia. Nada tem com a dicotomia forma e conteúdo, porque, enquanto o conteúdo é, sempre, necessário, implícito ou eventual, certa forma ou é necessária, ou é facultativa. Há elementos essenciais formais e elementos essenciais de conteúdo; há elementos acidentais de forma e elementos acidentais de conteúdo.

3. Conteúdo necessário. Conteúdo necessário é o que a lei f az ser essencial à existência do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto sensu, ou ao tipo de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto sensu. Conteúdo implícito é o que é posto pela lei, uma vez estabelecido o conteúdo necessário. Conteúdo implícito é, pois, o que se entende querido~ não porque o legislador editou regras jurídicas dísposítivas, mas sim cíque resulta da lei cogente, não atinente à essência (= existência) do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto *sensu.* (E.

Betti, Diritto romano, 1, 343 s., parece ter incluído no conteúdo implícito o que se revela pela interpretação integrativa do negócio

jurídico, mas a invasão dos *accidentalia* é evidente. Tampouco, podem ser englobados os elementos das regras jurídicas dispositivas e os elementos das leis cogentes, não atinentes à essência do negócio jurídico, como pretendeu R. Lucifredi, L"Atto *amministrativo,* 40. O que é elemento de regras jurídicas dispositivas entra no conteúdo eventual, portanto nos *accidentalia.)*

4. Regras jurídicas cogentes, dispositivas *e interpretativas:* e conteúdo dos atos jurídicos. Toda regra jurídica cogente sobre conteúdo ou se refere ao conteúdo essencial ou ao conteúdo implícito, aos *essentialia* e aos *natura/ia* negotii. Toda regra jurídica dispositiva sobre conteúdo só se refere aos *accidentalia,* ao conteúdo acidental ou eventual. Toda regra juridica interpretativa dos negócios jurídicos é sobre os accidcnta/ia ou conteúdo eventual, salvo onde há dúvida, que a lei resolve, entre dois *essentialia.* e.g., a regra jurídica sobre conversão, *a)* Se a lei previu todo o conteúdo do ato. nenhum accidenta/e ficou à autonomia privada, exceto a prática do ato mesmo. *b)* Se a lei ligou todos os elementos essenciais, a discricionariedade é somente quanto aos accidenta/ia, portanto a todo o conteúdo eventual. (E erro considerar-se o conteúdo correspondente às regras jurídicas díspositivas como conteúdo implícito ou *natura/ia* negotii: tal conteúdo é eventual. incidiu nisso 1(Lucifredi, *LAto* amministrativo, 40 e 50.) c) Se a lei não ligou todos os elementos essenciais, no tocante ao conteúdo, a discricionariedade cresce, e tem-se o início da discricionariedade preponderante. Já se invade o que normalmente seria ligado. d) Se a lei deixou à autonomia privada todo o conteúdo *(essentialia,* acc/denta/ia), de modo que a escolha do tipo determine os natura/ia, nenhum vínculo há entre o ato e a lei senão quanto aos limites derivados das leis penais.

Entre *a* e d há toda a gradação em que se procede à ligação de elementos do conteúdo ou se desprendem elementos do conteúdo, dando-se ensejo a classes intermédias, que satisfazem certas exigências de técnica legislativa e certos intuitos e propensões de política jurídica. Parte maior ou menor do conteúdo é ligado. A classe *b* é a em que os elementos ligados são todos os elementos essenciais, limítrofe à classe c, em que não são ligados todos os elementos essenciais. Se a lei ligou todos os elementos essenciais e um ou alguns dos elementos eventuais, a discricionariedade cresce, sem se chegar a *b.*

§ 325. Interpretação dos atos jurídicos

1. Conceito de interpretaçâo. Interpretar ato jurídico é revelar quais os elementos do suporte fático que entrou no mundo jurídico e quais os efeitos que, em virtude disso, produz. Não se interpreta somente o elemento volitivo. que nele há, — interpretam-se os outros elementos e os enunciados de fato, que acaso possam servir à classificação do ato jurídico e à determinação dos seus efeitos ou do tempo em que esses efeitos se produzem ou acabam. A interpretação das regras jurídicas dispositivas e das regras jurídicas interpretativas participa da hermenêutíca das leis (interpretação das regras jurídicas, dita das leis) e da interpretação dos atos jurídicos. Porque, se, por um lado, são leis, por outro, e por sua própria finalidade, são elementos volitivos enchedores (= onde falte, A) ou "classificadores" 7 = em caso de dúvida, A).

2. *Interpretaçâo* e *ato* jurídico. Interpretação dos atos jurídicos é, portanto, o complexo de operações. com que se procura estabelecer o que é o ato humano, entrando no mundo jurídico, e quais os efeitos que produz.

O corpo de princípios, regras, critérios e processos técnicos com que se levam a cabo tais operações e se atinge tal finalidade, são regras de interpretação, algumas legais. em sentido estrito, outras extraídas do sistema juridico e outras experienciais. A intenção do agente é um dos elementos que se procuram fixar, o mais relevante, porém nem sempre sem atenção a elementos que o restringem. Quando se fala de intenção, costuma-se pensar só em vontade, como se em todos os atos jurídicos o mais típico fosse a manifestação de vontade. No entanto, há intenção nas comunicações de conhecimento, que mais contêm enunciados de fato, e nas comunicações de sentimento. Por outro lado, interpretam-se fatos e atos-fatos, e tal interpretação escapa, por definição, à interpretação dos atos jurídicos. A interpretação dos atos juridicos não é a revelação da vontade que se manifestou, mas a revelação do que foi a intenção manifestada pelo agente na manifestação de vontade, na comunicação de conhecimento ou na manifestação de sentimento. Não só se interpreta vontade; pode interpretar-se enunciado de fato ou expressão de sentimento. Procura-se o que se há de entender, isto é, o que tal ato humano contém. A determinação do conteúdo lógico e jurídico precisa a relação jurídica que se compôs e descreve os mais efeitos que se irradiaram, ou se

irradiam, ou se vão irradiar do ato humano, que entrou no direito. Isso não quer dizer que não haja interpretação do ato humano, que se pretende seja ato jurídico, para se saber se é jurídico (= se entrou, entra, ou pode entrar) no mundo jurídico, ou se não é jurídico (= ato jurídico inexistente, = ato ajurídico).

A interpretação do ato jurídico não se confunde com a classificação dele entre os atos jurídicos, porque essa é primeira conclusão do intérprete, nem com a determinação dos efeitos do ato jurídico. Nem se há de confundir com o problema da autonomia privada: onde essa não existe, salvo para a escolha do tipo, há problema de interpretação do ato jurídico; quando se trata de ato jurídico stricto sensu, para o qual não haja outra alternativa que a de praticá-lo, ou não, ainda se há, por certo, interpretação.

3. Interpretação das leis *e interpretação* dos atos jurídicos. Deve-se ter sempre presente que as regras de interpretação das leis não são adequadas à interpretação dos atos juridicos, nem vice-versa. O art. 85 não tem qualquer invocabilidade em matéria de interpretação das leis, nem há regra de interpretação que lhe corresponda em método de interpretação das leis (nosso Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv fOr Rech* Is- und *Wirtschaftsphilosophie,* 16, 522 **5.;** W. Burckhardt, Die Lúcken des Gesetzes, 77 s.; Fr. Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, *Archiv fOr* die civilistische *Praxis,* 120, 14 5.; Er.

Schreier, Die *Interpretation* der Gesetze und Rechtsgeschàfte, 70; O. Ranelletti, *Istituzioni di* Dirilto *pubblico,* 5ª ed., 665, nota 4). O elemento intenção somente há de ser levado em conta, na interpretação da lei, quando seja a *ratio* legis, tal como se explicitou. A lei destina-se ao público, a todos, e somente pode ter uma interpretação, ainda que diferentemente a entendam os habitantes e todos aqueles a que ela atinge. O ato jurídico pode refratar-se, devido a haver diferentes contrafigurantes ou destinatários. O sistema jurídico, variando, determina variações das regras jurídicas, de per si, ou em grupo; o ato jurídico pode ter cortados alguns efeitos por lei nova, mas é tal qual foi (cp. C. Grassetti, *LInterpretaziflne **dei*** negozio giuridico, 73).

§ 326. Vontade e interpretação

1. *Exteriorização da* vontade. Somente se pode conhecer o querer de alguém deduzindo-se de algum ato que se exteriorizou. O ato humano é manifestação de vontade quando é apto a levar ao conhecimento de outrem, inclusive a sociedade, a vontade do manifestante, isto é, de quem praticou o ato, mas a aptidão objetiva tem de ser acompanhada de elemento subjetivo, que é o propósito do manifestante. Para se saber se há o elemento objetivo e o elemento subjetivo da aptidão é preciso que se analisem os fatos externos, a fim de se fixar se há no ato exteriorização de vontade. Tal pesquisa, que se há de basear nos próprios fatos, nas circunstâncias em que se praticou e no que a experiência humana aponta, é interpretação do elemento volitivo dos suportes fáticos, que, devido a fazer-se depois da exteriorização, se chama, mais freqúentemente, interpretação dos atos jurídicos. A palavra, falada ou escrita, é o instrumento mais adequado, por isso mesmo mais usado, das manifestações de vontade. Donde grande parte das regras sobre interpretação dos atos jurídicos serem regras de interpretação das palavras e proposições, tendendo a precisar-lhes sentido e significação. Porém seria erro restringir-se a interpretação dos atos juridicos a simples exame de palavras e proposições. Não só porque as próprias palavras e proposições exsurgem e mergulham no mundo fático, onde circunstâncias diferentes influem no seu sentido e significação, como porque há atos jurídicos em que nenhuma palavra foi proferida e todo o suporte fático évazio de expressão oral ou escrita.

Basta pensar-se no testador que, não mais querendo o testamento que fez, o rompe. Rasgando-o, revogou-o.

Note-se bem: com o simples gesto de rasgar, retirou a ***mx,*** que lá estava e entrara no mundo jurídico. Por outro lado, quando se interpreta ato jurídico em que há interesses de terceiro, a investigação não se dirige somente à análise do que possa ser provindo da psique do manifestante da vontade. Se, a respeito do testamento, o intérprete pode indagar da verdadeira vontade do testador, a ponto de afastar, completamente, a aparência de disposição de última vontade, uma vez que o testador nada

tinha que consultar ao beneficiário, nem esse teve de confiar na expressão dada pelo testador, muito diferente é o que se passa com as manifestações de vontade que atingem interesses legitímos de outrem.

ainda que não se trate de negócio jurídico bilateral. Aqui, o significado da manifestação de vontade há de ser o que lhe deu o

manifestante, sem se poder afastar daquilo que poderiam entender as pessoas que confiaram na manifestação, tal como foi feita. O art. 85, segundo o qual, nas declarações de vontade, mais se há de atender á sua intenção que as sentido lateral da linguagem, não pode ser interpretado no sentido de se fazer tábua rasa da receptividade das pessoas que confiaram na manifestação de vontade. Assim, nas declarações e manifestações de vontade não-recepticias, que se dirigem a largo circulo de pessoas, como se dá na promessa de recompensa, nos títulos ao portador, nos títulos cambiários e cambiaríformes. nas outorgas públicas de poder e nos editais, a interpretação tem de atender às circunstâncias que as pessoas componentes do largo círculo poderiam conhecer, o que não quer dizer que a interpretação, em tais casos, haja de ser literal; nas declarações e manifestações receptícias de vontade. tem de se levar em conta o que o destinatário conhecia, podia ou devia conhecer, atendidas as circunstâncias (e. g., se B tem procuração de A e recebe telegrama, revogando-a, sabe qual a procuração revogada, mas, se tem duas procurações e uma delas não é para ser exercida no momento, o telegrama lacônico há de ser entendido como revocatório da procuração que ia proximamente ser usada). Não se diga que, em tais espécies, só se há de atender ao que o destinatário pode supor fosse a vontade do manifestante, porque. em verdade, supor vontade é supor o que o outro quis, apenas nos limites da suponibilidade. A alusão a dever ou a poder conhecer implica que se saiba o que é que se compreende como dever de conhecer e poder conhecer. O dever de conhecer ou resulta da lei, ou resulta das circunstâncias que são conhecidas pelo destinatário, ou de algum acordo entre o manifestante e o destinatário sobre o sentido das palavras ou das proposições (E. Danz, Die Aus/egung *der Rechtsgeschàfte,* **3d** cd., 64), ou da publicidade que teve algum objeto, ou pessoa.

2.

Simples aparência e nenhuma *aparência.* Durante as operações de interpretação, pode dar-se que um dos figurantes e o destinatário, ou os figurantes aleguem que o ato foi praticado sem a vontade de que entrasse no mundo jurídico. Tal simulação absoluta afasta que se trate de ato juridico; trata-se apenas de fato, que, no mundo jurídico, é como sombra de alguma árvore que estivesse noutro terreno. O ato jurídico não é. Se isso acontece, não há cogitar-se de interpretação. Todavia, o sistema juridico por vezes tutela o terceiro que confiou no negócio simulado (e.g., o devedor não pode opor ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente, art. 1.072, donde resulta que o cessionário adquire o crédito, com a conseqüência de que. se há decisão sobre a simulação absoluta, ou se foi alegada, íneficazmente,

pelo devedor, não pode ele opor ao cessionário exceções que teria contra o cedente). Quem vendeu, simuladamente, e o comprador simulado transferiu a outrem o prédio, registrando-se a aquisição (art. 530, 1), não pode ir contra o adquirente, ainda que tenha sido inocente a simulação (cl. arts. 103 e 104). O terceiro pode alegar o dolo (arts. 92-97) ou pedir reparação do dano (art. 159), se acaso, por falta de princípio que lhe proteja a boa-fé, sofre algum prejuízo (A. von Tuhr, Der A/lgemeine *Teu,* II, 561).

Se a vontade não foi manifestada, porque o manifestante não queria o que manífestara. há a reservatio *mentalis;* porém o mundo jurídico recebe o manifestado, sem qualquer atenção ao que pudesse ter sido mentalmente reservado pelo praticante do ato. Se assim não fosse, estaria profundamente comprometida a ordem juridica. Também se tem como estranha ao mundo jurídico a reserva mental que se manifestou, ainda se chegou ao conhecimento do destinatário ou demais interessados. A reserva mental de modo nenhum pode servir como elemento para interpretação. Também é reserva mental a que se opera quando alguém manifesta certa vontade, que reputa não entrar, por força de lei, no mundo jurídico, ou não poder ser aceita por outrem, e ocorre que entra no mundo jurídico ou é aceita.

A falta de seriedade pode ser alegada, porém, se não foi conhecida pelo destinatário, ou esse não tinha o dever de conhecêla, a manifestação de vontade entra no mundo jurídico. Pode ser anulada por erro, se se compõem os pressupostos da anulabilidade. Fora daí, a manifestação de vontade, a comunicação de conhecimento ou de sentimento, que não é séria, não entra no mundo jurídico, como é o caso do testamento feito por pilhéria.

§ 327. Princípios fundamentais da interpretação

1. *Princípios fundamentais.* E preciso não se confundirem os princípios fundamentais da interpretação com as operações com que se chega à finalidade do intérprete. Os princípios são abstratos; as operações, concretas. Convém, portanto, que antes de qualquer esforço para interpretar se procure observar cada um dos princípios, porque eles

excluem muito do arbítrio na posição e ordem das questões práticas. O primeiro requisito para a interpretação dos atos jurídicos é o de tomar-se ao ato como todo, se bilateral, o todo de cada ato e o todo do ato que de dois ou mais exsurgiu (princípio de integraçâo). Outro é o de se não atender ao que é pessoal a cada figurante, ou ao destinatário, porque o que é estritamente pessoal não costuma entrar no contexto dos atos jurídicos, posto que possa servir à coação, porque esse fato puro é invadente da psique (cf.

art. 99). E o princípio *da fixação* genérica, de que resulta ter-se de dar primeiramente atenção àtextualidade, à letra, ao sentido literal, que é decisivo se se trata de certa *verba* (termos exatos e precisos). Depois, ao que é geral pela forma legal, ou pelo uso, se o sentido literal não exaure o esforço interpretativo, satisfazendo a sua missão de estabelecimento do que se fez ato jurídico. O princípio da fixação genérica dispensa que se fale de tutela da boa-fé, evitando-se, assim, o inconveniente da ambiguidade (e.g., boa-fé, em se cogitando do outro figurante, ou do destinatário, em geral; boa-fé, do adquirente do titulo cambiário ou cambiariforme). O nomen não é, por si, decisivo: pode o figurante usar de um, em vez daquele que deveria usar para exprimir o pensamento, e esse afastamento do nome errado não é descida à psique, é operação de consulta ao sentido que o todo do ato impõe. Dai dizer-se que o nome dado pelo figurante pode ser errado e ter-se de entender outro instituto (e.g., Supremo Tribunal Federal, 3 de agosto de 1942, 1ª 146/834; 2ª

Turma, 10 de outubro de 1944, *RE* 103/275: "inventariante", em vez de "testador" 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 16 de novembro de 1943, *PJ* 39/56 1ª Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, 28

de janeiro de 1944, *RF* 61/ 179). Como a linguagem comum é mais genérica, primeiro há de ser consultada a linguagem técnica (e.g., "compromisso de venda e compra" é pré-contrato, e não o que tecnicamente se entenderia, compromisso para decidir sobre venda e compra), mais restrita **(2ª** Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de novembro de 1939, *RT* 125/573; 11 de dezembro de 1945, 164/248). Em terceiro lugar vem o principio *da classifica* ção técnica, que impõe, como método, que, coligidos os dados suficientes para se saber se o ato jurídico é ato jurídico *stricto* sensu, ou se é negócio jurídico, se coloque o ato em exame na classe a que pertence. Porque já se apura qual o direito cogente, bem como qual o direito dispositivo e, até, interpretativo, que se tem de observar. Após isso, ou simultaneamente com isso, se dados suficientes há, é preciso que se procure, dentro da classe, a subclasse em que deve entrar o ato

jurídico examinado. E assim por diante.

2. *Usos* e *regras jurídicas de* interpretação. Aqui surge uma das questões mais delicadas em matéria de interpretação dos atos jurídicos, questão que não teve, desde que se caracterizou, no começo do nosso século, o aprofundamento que merecia. Referímonos ao problema de se saber se as regras jurídicas de interpretação e as próprias regras jurídicas dispositivas vêm antes dos usos, ou se a precedência cabe ao uso.

Com a primeira opinião, P. Oertmann (Rechtsordnung und *Verkehrssite, 74* s.), 1(. Schneider (Abánderliches Recht und Verkehrssite, Jherings *Jahrbúcher,* 59, 383 s.) e A. von Tuhr (Der *Allgemeine TeU,* II, 537, nota 17); com a segunda, E. Danz *(Die Auslegung* der *Rechtsgeschàf te,* 3ª ed., 141) e H. Titze (Die Lebre vom *Missuerstàndnis,* 177 s.). Não é possível dar-se solução *a priori,* tanto mais quanto a discussão não distinguiu usos regras jurídicas e usos atos que se costumam praticar. Quanto ao uso regra juridica, não há questão: ou é cogente, e não há pensar-se em invocação de regra jurídica dispositiva ou interpretativa; ou é dispositivo, e teria derrogado a regra jurídica dispositiva ou interpretativa, que lhe fosse contrária; ou é interpretativo, e teria ab-rogado a regra jurídica dispositiva. Quanto aos usos atos, que se costumam praticar, se eles podem ser invocados é porque *também* o manifestante praticou o ato, que se costuma praticar. Por isso mesmo, ou encheu o branco que a regra jurídica dispositiva deixou, ou afastou dúvida, que justificaria a invocação da regra jurídica interpretativa. O uso somente éinvocado quando seja o conteúdo volítivo. em virtude do principio de fixação genérica. Não se pode dizer que tal uso ab-rogue direito dispositivo, ou interpretativo. Quanto ao direito dispositivo, é direito que só incide se não houve vontade, e a invocação do uso supõe que vontade houve. Quanto ao direito interpretativo, somente incide quando haja dúvida sobre o que foi querido, e a invocação do uso supõe que dúvida não há. O Código Comercial pôs bem claro que o uso entra como elemento da vontade. Diz o art. 130 do Código Comercial: “As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.“ Note-se a gradação da generalidade: vem em primeiro lugar o uso comercial, bem como o modo e sentido pelo qual os comerciantes costumam expressar-se, ainda que o sentido literal seja outro. O art. 131 desceu a pormenores: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as

seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza cio contrato, deverá sempre prevalecer á rigorosa e restrita significação das palavras; 2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; 4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.“ No art. 131, mc. 1, falou-se de boa-fé, mas apenas para se aludir ao sentido mais simples e mais adequado. que há de vir àfrente do sentido literal („rigorosa e estrita significação das palavras). Tal sentido é o do costume e uso recebidos no comércio (art. 130). Tem-se entendido que o sentido „mais conforme à boa-fé” é o sentido que. em se tratando de atos de disposição a título gratuito, inclusive a renúncia a direito, pretensão, ação ou exceção. mais favorece ao disponente (cp.

art. 1.090: „Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente”): se há dúvida, o que émenos rigoroso, a respeito de cláusula penal e outras cláusulas semelhantes. No nº. 1, ainda se alude a “espírito e natureza do contrato , o que se deve entender. invertidamente, a classe e subclasse do ato juridico e o seu fim próprio. O

mc. 2 não é mais do que explicitação do princípio de integração, como o mc. 1 se inclui no de fixação genérica, de que ainda cogita o nº. 4. O nº. 5 é como última saída se todos os esforços fracassaram para se determinar, com certeza, o conteúdo do ato jurídico.

Em tudo isso evita-se descer à psique do manifestante, a ponto de se perder de vista o que ele manifestou. Não se pode dizer que A quis isso, e não o que disse, porque, se conhecesse certa circunstância, teria querido isso, e não o que disse; nem, sequer, o que, levando-se em consideração o que é de equidade, *teria* querido e declarado (A. von Tuh~ Der Allgemeine *TeU.* li, 538, nota 19). Não se empresta vontade, nem enunciado de conhecimento, ou de sentimento; não seria interpretação. Se o intérprete lhe empresta outra vontade, não é a sua, e outra, e então ou houve erro, ou se tem de corrigir tal imposição de elemento volitivo.

3. Em *boa-fé.* As expressões „em boa-fé“,” de acordo com as regras da boa-fé“, Treu und *G/auben.* que aparece no Código Civil alemão §§ 157 e *242.* e no Código Civil suíço, são reminiscências do que o pretor estabelecia às partes e ao juiz, sob o nome de bona lides. Enquanto, fora da interpretação dos atos jurídicos, se sabe, perfeitamente, o que é que se entende por boa-é, a alusão à boa-fé, em se tratando de interpretação dos atos jurídicos, abre portas a certas dificuldades na fixação do que é que se entende por proceder em boa-fé. Rigorosamente. as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas. Se há regra cogente, não há pensar-se em espaço para quaisquer regras de boa-fé. Enquanto o uso, em sentido estrito, contém elemento espacial, que o fixa, a boa-fé mais se estende, como se não se diferenciasse segundo os lugares. Quando se entende que, sobrevíndo alguma circunstância, tem o devedor dever de avisar, salvaguardando interesse considerável do credor, como se a prestação se tornou impossível, ou se tem de ser executado por terceiro, em verdade se atende ao que é querido, nas relações da vida, por todos os credores, e o próprio devedor, se no lugar dele estivesse, o teria querido. Se, tendo alguém se obrigado a fornecer mármore de lugar que depois foi inundado, a utilidade para o credor é mínima, porque mármores iguais existem noutros lugares, ou com pequena diferença, é regra de boa-fé que se preste no que é possível, atento a que seria assaz difícil para o devedor prestar exatamente o que prometeu e insignificante ou nenhuma, para o credor, a diferença. Quando se diz que os usos podem servir ao juiz para se apreciar a boa-fé, porque são o resultado de exame repetido das diferentes situações da vida, apenas se fala de dois sentidos de uso, pois que é uso proceder de boa-fé. Devido a ter-se procurado, pertinazmente, o que fosse regra de boa-fé, fora do conceito de uso, foi que fracassaram todas as tentativas e se terminou por proclamar que o resultado negativo provém da natureza mesma das coisas; a boa-fé não mais seria que produto de raciocínio lógico, questão de experiência da vida

e de senso prático, e não objeto de conhecimento. Ora, tal conclusão importaria em capi-tulação e exporia o sistema jurídico às mais desencontradas soluções. A liberdade no dizer-se o que é regra de boa-fé poria em perigo os que tratam de boa-fé. Poder-se-ia chegar ao absurdo do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 5 de maio de 1943, *(RT* 157/358), para o qual a "noção do contrato vai cedendo dia a dia às imposições, sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso, armando o juiz do poder de fazer prevalecer aquela regra", isto é, a regra do art. 2ª do Código Civil suíço, que se deve haver como implícita na interpretação (?) e execução das convenções, concluíndo por dispensar uma cláusula. O art. 131, mc. 1, acertadamente fala de inteligência simples e adequada, que seja mais conforme à boa-fé, tornando a boa-fé elemento para se saber qual o conteúdo daquilo que foi querido.

Não pode o juiz inserir o que para ele é o sentido da equidade, nem dar maior valor a certos interesses, que a ele, pessoalmente, parecem mais altos. Se queremos exemplos de regra de boa-fé, temos naquela que diga: nas relações da vida, de que nasçam atos jurídicos, há de ser preferida a interpretação que evite que um dos figurantes sofra muito e outro nada sofra, ou tire proveito (e.g., Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de maio de 1934, *RT* 93/124). Se há cláusula de alguma prestação em caso de resolução do contrato, por mnadimplemento, ou não, é regra de boa-fé que se não entenda ter havido estipulação de tal prestação se a resolução resultou de culpa daquele a quem deveria ser paga (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de outubro de 1943, RT 147/671).

4. Conteúdo do art. *85.* Diz o art. 85, do Código Civil: "Nas declarações de vontade se atenderá mais á sua intenção que ao sentido literal da linguagem." A regra jurídica de interpretação que se edicta no art. 85

impõe que se veja, através do sentido literal,a intenção ou propósito do manifestante da vontade. De modo nenhum se disse que o sentido literal é sem importãncia. ou que se poderia buscar a intenção para se entender algo diferente do que foi dito; apenas se explicitou que a intenção há de servir, ao lado, ou. até, afastando o sentido literal, na interpretação da vontade manifestada (assim, a respeito do § 133 do Código Civil alemão, P. Oertmann, Rechtsordnung *iind* Verkehrssitte, 74 s.. 109; sem razão, Li. Rehbein, Das 130

rger)iche *Gesetzbuch,* 1, 162). O que foi manifestado é forma do que se

quis, ainda que incompleta ou imperfeita. Não se permite que se dê ao ato juridico outro conteúdo que aquele que ele tem, tal como foi manifestada a vontade; tanto mais quanto a palavra pode ter significado que só existia entre os figurantes, ou entre o manifestante da vontade e o destinatário. Aí, exatamente, se dá à intenção mais atenção que ao sentido literal da linguagem. Sentido literal é o sentido que a palavra tem segundo o corrente uso do falar, o sentido frequente conforme os dicionários. Se o uso do tráfico, ou o uso notório pelo manifestante da vontade, ou o uso no circulo de pessoas a que se dirigiu o manifestante, deu à palavra outro sentido, esse é o sentido da palavra no ato jurídico, e não aquele que está no dicionário, ou na totalidade da população. Se as palavras estão em sentido único, sem que caiba dúvida sobre outro sentido, nenhuma investigação interpretativa se tem a fazer: a clareza e unissígnificação dos termos empregados põem barreira à liberdade de interpretação pelos figurantes, ou pelo juiz. Se, porém, alguma daquelas circunstâncias emerge que se faça suspeitar de outro sentido ou significado, a questão de interpretação surge, inclusive se o manifestante estabeleceu linguagem secreta ou linguagem especial para a inteligência das suas manifestações de vontade.

O art. 85 não permite que se tenham as palavras como não empregadas, ou alguma delas por palavra não escrita; o que ele permite é que se tenha alguma palavra, ou algumas palavras, ou alguma proposição como tendo sentido ou significado diferente daquele que seria o literal. O que pode ser contra o sentido literal é outro sentido que se dê à letra do contrato, ou do ato jurídico unilateral. Também ai havemos de admitir que a interpretação do todo do ato jurídico afaste algum significado de palavra. ou de palavras, para se evitar contradição. Ainda quando os figurantes ou o figurante e o destinatário hajam estabelecido certo sentido ou significado, é possível que a vontade verdadeira se choque, simultaneamente, com o sentido literal, que se quis evitar, e o outro sentido, que deveria ter sido o adotado (P. Oertmann, *Rechtsordnung* rind Verkehrssitte, 112).

Objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante. E preciso que o querido esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação. A vontade, ainda que buscada segundo o art. 85, há de estar den *tro,* não fora, nem, com maioria de razão, contra o que se manifestou. A descida em profundidade é dentro das raias do

manifestado. Não se pode entender que o manifestante quis aquilo que ele não conhecia, nem que deixou de querer aquilo que, com o exprimir a vontade, havia de ter querido. Assim, não se pode invocar o art. 85, quando o manifestante somente poderia ter querido o que se lhe atribui se certas circunstâncias tivessem acontecido e tais circunstâncias não ocorreram (O. Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, Archiv *fOr* die *Cívilistische Praxis,* 79; sem razão, E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichl□eit, *Archiv,* 99, 103; Konrad Cosacl□, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 239).

Na interpretação dos atos jurídicos, deve-se procurar a inter pretação que faça sentido; se duas ou mais há, tem-se de preferir a que tenha e faça sentido junto às que não no têm ou não no fazem (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de junho de 1948, *RT* 175/721).

Uma das conseqüências do art. 85 é a de se ter de desprezar uma das proposições a favor da outra, isto é, da que mais corresponde à intenção dos manifestantes da vontade. Por exemplo: se o preço foi por metro quadrado e se disse qual seria, mas os metros quadrados não perfazem o que se fixou. pode ser que se haja querido o que se fixou, ainda sem a correspondência (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de fevereiro de 1950. *RT* 186/149), o que, como regra juridica a propósito de venda de imóvel (art. 1.136, 2ª

parte), entra em princípio geral de interpretação; se A doou a casa a, com o jardim ***b,*** e há terreno c, que está separado do jardim por cerca, ou destinado àfábrica de tijolos, a despeito de no registro o terreno ser o que corresponde a *abc,* A não doou c.

A respeito do contrato de venda e compra, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1944 *(ET* 159/173), julgou que as dúvidas, que surjam, devem ser resolvidas contra o vendedor. Não há nas leis, nem na doutrina, tal regra jurídica, nem é justo que se adote tal critério, na interpretação do contrato de venda. A 2ª Câmara, a 14 de setembro de 1943 (147/194), frisou que não há distinguir-se nos contratos o que foi manifestado por um dos contraentes e o que foi manifestado por outro: o que importa é o em que acordaram. Por isso mesmo, a cláusula impressa que se choca com o que foi manifestado e acordado, não se leva em conta e trata-se como não escrita *(3ª* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de agosto de 1949, 182/708).

5. Intenção e intenções. O art. 85 refere-se à intenção das manifestações de vontade, em oposição ao sentido literal da linguagem. Muitas vezes, as manifestações de vontade dos figurantes são singulares, isto é, cada um fez a sua, ainda que a de um tenha remissão à de outro, ou envolva a de outro. Outras vezes, as manifestações de vontade são em corpo comum, em plural, como se os figurantes dizem acordamos na venda do objeto tal. Ali, a interpretação pode pôr o problema para cada uma das manifestações de vontade, somente havendo acordo se há coincidência; porém tem-se de partir da afirmação de coincidência, quando essa resulte do que se concluiu, para depois se determinar o sentido em comum das manifestações de vontades que compuseram o ato jurídico. Aqui, toda exploração é em torno de palavras e frases que foram ditas em plural, de modo que disso se parte para a determinação do sentido, sem que com isso se afaste que cada figurante, manifestando a vontade, manifestou o que quis, e não o querido pelo outro. Nas manifestações receptícias de vontade, pode mesmo dar-se que a mesma manifestação de vontade tenha, para os diferentes destinatários, diferentes interpretações (E. Landsberg, Das Recht *des bOrgerlichen* Gesetzbuches, 1, 181).

Também pode ocorrer que manifestação obscura, ambígua, ou equivoca, que as pessoas não poderiam, de ordinário, entender, seja para uma, ou algumas pessoas, inteligível e baste à formação de negócio jurídico bilateral, ou seja, eficaz em relação ao destinatário da manifestação receptícia de vontade. A oferta-enigma ésuficiente á formação do contrato se a pessoa que aceitou (ainda que não se acreditasse na inteligibilidade pelo destinatário, que aceita) por circunstâncias especiais, casualmente soube decifrá-la. Acontece o mesmo em relação às declarações unilaterais, recepticías, de vontade.

Se o manifestante da vontade não foi entendido, ou porque, empregando o sentido literal, a outra pessoa recebeu a palavra ou frase como se tivesse o sentido do uso especial, ou das circunstâncias especiais, ou porque, tendo sido um desses o sentido, a outra pessoa recebeu a manifestação de vontade como se fora em sentido literal, o ato jurídico existe, a manifestação de vontade entrou no mundo jurídico tal como a entendeu o figurante, ou destinatário. Se o manifestante entende que errou quanto ao sentido ou significado das palavras, o ato jurídico é anulável, se o erro é substancial (arts. 87-88). Se, em vez disso, é o outro figurante ou o destinatário que recebe, erroneamente, a manifestação de vontade, ou por ignorância dos usos, ou das circunstâncias, ou porque se afastou, sem dever se afastar, dos usos pertinentes, ou das circunstâncias, o figurante, que

errou, pode ir contra a manifestação de vontade, invocando as regras jurídicas sobre anulabilidade por erro, e o destinatário das manifestações receptícias de vontade acarreta com eficácia da sua defeituosa compreensão do que foi recebido.

A interpretação dos atos jurídicos há de partir da interpretação gramatical e os métodos, até certo ponto, coincidem, porém não quanto ao fim a que se destinam: enquanto a interpretação gramatical tem por fito mostrar o pensamento do manifestante da vontade, contenha, ou não, absurdo, tenha, ou não, sentido a proposição, ou todo o contexto, a interpretação do ato jurídico colima a fixação da categoria jurídica de que se trata, dos efeitos jurídicos, que a manifestação de vontade preparou. o que não pode ser feito sem se levarem em conta o ambiente em que se fez exteriorizar a vontade e o em que se vão produzir os efeitos, atendendo-se aos interesses de todas as pessoas que a manifestação de vontade atinge, e não só os interesses do manifestante da vontade. Quando o art. 85 diz que mais se atenderá à intenção que ao sentido literal, supõe choque entre o sentido literal e outro sentido, de modo que a vontade verdadeira do autor é elemento da interpretação, sem ser o único elemento.

6.

Atos *jurídicos* stricto sensu. O art. 85 também incide em se tratando de ato jurídico stricto sensu (P.

Riem. *Pie* Rechtshan *dlungen* im engeren Sinne, 52, 74, 83), porém por analogia, uma vez que nele se fala de declarações de vontade". A comunicação de sentimento, por exemplo, em que se diga que se sabe do que se há de perdoar e se perdoa entra no mundo jurídico tal como o destinatário a recebe, se da parte do destinatário não há erro. O comunicante é que pode alegar o erro, por ser diferente aquilo que se perdoou e aquilo que se entendeu perdoado.

7.

Atos jurídicos de direito *público.* Na interpretação dos atos jurídicos de direito público, a textualidade passa à frente. porém não se pode dizer que não se admitam meios extrínsecos que modifiquem o sentido resultante do texto. Todavia seria erro dizer-se. como se tem dito, que as regras de direito privado sejam o direito comum para a

interpretação dos atos jurídicos de direito público (Walther Burckhardt, Pie *Organisatiori der* Recbtsgenieinscbaft, 52 s.). Na interpretação dos atos jurídicos de direito público, alguns autores se perdem em considerações gerais sobre principio do respeito á palavra dada (e.g.. G. Jéze, *Théorie* gênérole *des* contrats de *la publique* administration, li. 180). outros trazem para o plano do direito público princípios de direito privado, se não vícios de teoria, tal como o da pesquisa da verdadeira vontade (e.g.. K.

Kormann, *Spstern der recbtgeschàftlichen* Staatsackte. 101 s.; W. JeilmneL. Der *fehlerhafte* Staatsakte, 118 s.; W. Apelt. *Der verwaltungsrechtliche k/ertrag,* 37 s.), com todos os riscos de invocação do art. 85, o que alguns fazem sem qualquer cerimônia *(e.g.,* Santi Romano, *Francipi,* 59; P. Bodda, *La Conversione deIlatto amrninistrativo,* 45 s. P. RIem. *Pie Rechtshandlungen im* engeren *Sinue,* 3 s.), sem se perderem em argumentos tirados da tutela da boa-fé, como K. H. Schmitt *(Treu und Glauben fui Verwaltungsrecbt,* 56 s.).

Há teoria geral da interpretação; bá a teoria da interpretação do ato jurídico privado e a teoria da interpretação do ato jurídico de direito público, sendo inevitável a diferenciação dentro do direito público, como há diferenciação dentro do próprio direito privado (e.g., art. 1.666). Um dos pontos que mais se hão de pôr em relevo nos atos jurídicos de direito público é o da necessária inclusão do ato no que a lei de direito público permitiu; porque não há, para as autoridades públicas, o largo campo de autonomia privada que bá para os particulares. O Estado de Direito veio caracterizar a diferença e precisar a necessidade de embutimento dos atos jurídicos no espaço deixado à competência das autoridades públicas. A interpretação da lei sobre competência ou sobre autorização, concessão, ou admissão, é elemento da maior importância.

8. *Aplicação do art. 85 do Código Civil.* Para aplicação dos arts. 85 do Código Civil e 130 do Código Comercial não se precisa de provocação dos interessados. A aplicação é de ofício, não se devendo tratar como exceção a invocação dos arts. 85. 1.027, 1.090, 1.483, 2ª parte, e 1.666. ou dos arts. 130-133 do Có-

digo Comercial. Tampouco se há de confundir com exceptio *doli* generalis.

§ 328. Interpretação e operações para interpretar

1. *Categorias jurídicas* e *tipos.* A interpretação tem por fim extrínsecar. ou extrinsecar suficientemente, *o* conteúdo da manifestacão de vontade, da comunicacão de conhecimento ou da manifestação de sentimento; mas, no caminho operacional, que se percorre, há degraus, planos, em que já se afirmam resultados, em que já se pode pôr em determinada classe o ato humano, a fim de mais seguramente se prosseguir na pesquisa, já interior àclasse. Se já se pode dizer qual a categoria jurídica, qual o tipo, a que pertence o ato jurídico (e ser ato jurídico já é pertencer a uma classe), já se sabem o que se quis, ou o que se enunciou, ou o que se sentiu e exteriorizou, *mais* o que necessariamente resulta disso (efeitos necessários do ato jurídico). Nem sempre quando expressou o que queria sabia o agente qual o tipo em que sua vontade, ou a sua comunicação de scntimento, ou a sua expressão de sentimento entraria; nem sempre, dizendo qual a categoria, ou qual o tipo, acerta em pré-classificar o que quer, ou enuncia, ou manifesta de sentimento. São exemplos o do pretenso comprador do Lote de terreno a quem se promete contrato por escritura pública, e não sabe que apenas pré-

contrata, e o do testador que quis o fideicomisso, e falou de usufruto. De ordinário, os agentes não pensam na técnica jurídica, e praticam o ato, tal como querem vincular-se e vincular. A classificação pelas categorias juridicas, pelas tipos, não é interpretação, ou, melhor, já não no é e sim conclusão do intérprete, ao longo do caminho. Nem se confundc com a determinaçào dos efeitos do ato juridico, servindo-se dela; porque tal determinação é *posterius.* Sem razão. A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* II, 543 sj, que não atendeu ao papel da classificação, que é mero enunciado de fato pelo técnico, *entre* a interpretação, em sua primeira convicção, e a determinação dos efeitos, que se tira do conhecimento das regras jurídicas cogentcs e dispositivas, concernentes à categoria juridica ou tipo. Se assim raciocinamos, suprimimos a discussàc sobre ter sido querido, ou não, pelo que praticou o ato, o que corresponde à regra jurídica dispositiva *(e.g.,* contra A. von Tuhr, que a nega, Ei. Titze, *Die Lehre vorn Missverstàndn is,* 450 e 493). Tem-se criticado o propósito de c1assifição que reduz os ncqócios jurídicos inominados, mas, quando se vão aprofundar essas críticas, percebe-se que o esforço de tais autores é exatamente no sentido de se apontarem categorias jurídicas novas, pré-tipos, que ainda não lograram rigidez suficiente, ou revelam que, para eles, categorias juridicas, tipos, negócios jurídicos nominados são apenas os dos séculos passados.

2. *Vontade comum.* Se há bilateralidade do ato, discute-se se objeto tia pesquisa ê o que se exprimiu, o acordo, ou a coincidência das manifestações. Faia-se de comum vontade dos figurantes; mas ~quc é vontade comum? Pcllock *(Principies of Contracts,* 30ã cd., 252), dc *general intention,* algo que se tira do todo do contrato. Onde as vontades expressas no ato coincidam, acordo há: Nós, A e B, queremos isso" "A quer isso e B quer isso, *mais a expressão no ato,* ou em dois atos que se liguem". O ato juridico bilateral tem pluralidade interna, dc modo quc o ato surge dos dois atos, pois a unicidade de formas é acidental; portanto, não há antinomia em se falar de duas manifestações e acordo. Quando se diz que o ato jurídico ê bilateral, já se procedeu àclassificação; após ela é que se vai explorar até onde vai o acordo. Estamos em segundo degrau. Se houve acordo que permite falarse dc ato juridico bilateral, notadamente de contrato, o consenso pode ser quase ncnhum quanto ao mais. porêm o ato jurídico existe e a interpretação revela o resto. Não tcndo prestado atenção a isso, A. Manigk (Das Wesen des Vertragsschlusses. *(Jherings Jcihrbúcher.* 75, 141) disse que pode dar-se não ter havido coinº cidência de vontades, embora haja contrato cujo consenso se tenha de revelar.

§ 329. Meios extrínsecos de interpretação

1. *Circunstâncias.* Entre os mcios extrínsecos dc interpretação estão as circunstâncias, começando-se pelo uso de linguagem do figurante, quando tal uso corresponde ao uso corrente ou uso do tráfico, ou a determinado circulo social. Depois vêm os atos preparatórios da ato juridico. inclusive o conteúdo do prá-

contrato. Também intervêm as circunstâncias que mostrem que um só poderia ter siclo o propósito do manifestante, podendo-se inferir do fim do ato jurídico e das circunstâncias que os efeitos se subordinem a permanência de tais circunstâncias *(clausula rebus* sk *stantibus).* Se do conteúdo da manifestação de vontade nada se tira ou nada suficiente se tira que escape à contradição. ou à falta de sentido, a interpretação é impossível (G. Rlanck, *Kommen ter,* 1, 346; H. Titze, *Die Lehre vom Messverstàndnis.* 186 s.). O art. 85 e a consideração das circunstâncias também servem para se decidir se a manifestação de vontade é ato jurídico stricto sensu, ou se énegócio jurídico, ou se cabe numa ou

noutra espécie de ato jurídico stricto *sensu,* ou negócio jurídico.

No art. 133, estatuiu o Código Comercial: Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato" A regra jurídica de interpretação, que aí se contém, apenas explícita que o uso e a prática, entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato, pode ter caráter de expressão de vontade, desde que caiba no âmbito da autonomia privada.

No art. 132 do Código Comercial, previu-se: "Se para designar a moeda, peso ou medida, se usar no contrato de termos genéricos que convenham a valores ou quantidades diversas, entender-se-á feita a obrigação na moeda, peso ou medida em uso nos contratos de igual natureza." A regra jurídica é dispositiva, e não interpretativa, nem, sequer, regra de interpretação propriamente dita.

2.

Regras de *interpretaçâo.* O art. 85 somente cogitou da intençao. O Código Civil não deu outras regras gerais para a interpretação dos negócios juridicos, ou dos atos jurídicos em geral. Ninguém pode ignorar a lei; ninguém se excusa, alegando a sua ignorância. Daí se tira que as regras jurídicas cogentes e as regras jurídicas dispositívas, incidem, independentemente de as conhecerem, ou nao, os manifestantes da vontade; porém não se tira a presunção de que os manifestantes da vontade, ou os destinatários das manifestações de vontade, conheçam a lei: o intérprete tem mesmo de satisfazer-se com os elementos de interpretação para determinar se houve vontade legalmente permitida, ou se houve vontade proibida por lei. A própria regra de interpretação, que existia no direito comum, quanto a não se poder interpretar extensivamente a cláusula penal, nem, com mais forte razão, se extrair por interpretação, não foi recebida pelo Código Civil (idem, no direito alemão, O. Warneyen *Kornmentar,* 1, 221). Há regras concernentes a alguns negócios jurídicos; e.g., a transação inter preta-se restritivamente (art. 1.027); é estrita a interpretação dos negócios benéficos (art.

1.090); a forma da fiança é a escrita e não se admite interpretação extensiva (art. 1.483). Tratando-se de cláusula testamentária, que seja suscetivel de interpretações diferentes, prevalece a que melhor

assegure a vontade do testador (art. 1.666).

3.

Interpretação cornpletctiua. Quanto á interpretação de ato jurídico, que tenha de ser tratado, em seus efeitos, principalmente quanto a seu fim, como todo, as lacunas têm de ser preenchidas. ou porque tenha faltado expressão da vontade, ou porque não se tenha pensado no particular, que, em todo o caso, se inclui no todo da eficácia. Mas é preciso que se não vá além do querido; só se tem como querido, por preenchimento de lacuna, o que énecessário para a realizacão do que foi manifestado como querido. O que importa é que se não sacrifique o todo, ou não se comprometa, em seus efeitos, o ato jurídico, somente porque escapou algum ponto, que não é substancial, porém que é de necessária tratação para a integração do todo dos efeitos, inclusive quando se trate de conseqüências juridicas, que não podiam ter sido pensadas pelos figurantes, ou pelo figurante, mas que, conhecidas as circunstâncias, teriam sido queridas em conjunto com o resto do manifestado e manifestadas com o que o foi. Até aí pode ir a interpretação (E. Danz, fie *Auslegung der* Rechtsgeschdfte, 3ª ed,, 87. 110 e 283; G. Rlanck, *Kommentar,* 1, 347). Quando tem de aplicar regras contratuais, ou de verificar efeitos dos atos jurídicos, que tenham de ser tratados como todo, deve o juiz preencher as lacunas (O. Warneyer, Kornrnen *ter,* 1, 220).

§ 330. As formas e o art. 85

1. *Intenção* e *forma.* O art. 85 incide qualquer que tenha sido a forma do ato jurídico, desde que tenha havido linguagem, entendendo-se por linguagem qualquer sinal para a transmissão do pensamento. Não importa distinção entre instrumento particular e instrumento público, porquanto, a despeito de ser o oficial público que lança a declaração, o que importa é a vontade manifestada, se o oficial público apenas tem a função de instrumentar. Igual principio rege em se tratando da interpretação de atos, não verbais, que hajam de ser interpretados: também eles podem ter sentido, que é o corrente, que não seja aquele que aos atos atribuiu o manifestante. Também aqui se hão de levar em

conta as circunstâncias e a receptividade do outro figurante, ou do destinatário.

Se o manifestante exteriorizou a sua vontade dentro de outro sistema jurídico que o brasileiro, tal sistema jurídico pode ter sido conteúdo da vontade, ainda que não seja o estatuto do ato jurídico.

Também o sistema jurídico brasileiro pode ser conteúdo de vontade para ato juridico que tenha por estatuto direito estrangeiro.

2.

Cláusulas impressas dos *instrumentos públicos.* Os instrumentos públicos têm, de ordinário, cláusulas impressas, que os figurantes adotam como conteúdo da sua vontade. O fato de estarem impressas em papel destinado á instrumentação pública não lhes dá rigidez, nem lhes comunica qualquer incolumidade àincidência do art. 85, ou de qualquer outra regra jurídica de interpretação.

§ 331. Quem interpreta o ato jurídico

1.

Interpretação pelo figurante ou pelos *figurantes.* Todo ato jurídico tem de ser entendido pelas pessoas a quem interessam os seus efeitos. Em primeiro lugar está quem nele figurou, tratando-se de manifestação não-recepticia. Tratando-se de ato jurídico bilateral, ou de manifestação recepticia, estão no mesmo plano os figurantes que se enfrentam, ou o figurante e o destinatário. O ato posterior do figurante, ou do próprio destinatário, que tenha relação com o objeto principal do ato jurídico, serve para explicitação do que é que ele entende ter sido o manifestado no ato, porém não para se impor ao outro figurante, ou destinatário. Se o fato é comum a todos, então incide o art. 131, inc. 3, do Código Comercial, que apenas é forma expressa de princípio de interpretação, segundo o qual do proceder posterior do manifestante se pode deduzir o significado que ele

atribuiu à manifestação feita. Por exemplo, se se falou de venda e compra, e o pretenso comprador prestou contas, que o pretenso vendedor ratificou, entende-se que houve comissão de compra e não venda e compra.

No art. 131, inc. 3, disse-se que o fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tenha relação com o objeto principal é a melhor explicação da vontade que tiveram no ato da celebração do contrato. A regra de interpretação tem por pressupostos: haver relação do fato dos contraentes com o objeto principal; haver dúvida sobre o que fizeram. "Melhor" está aí em lugar de "na dúvida, tem-se como interpretação do que os contraentes fizeram" (cf. 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 5 de dezembro de 1949, *JM*

[/217).

2. *Interpretação pelo juiz.* A função interpretativa do juiz somente começa com a propositura da ação, ou, mais precisamente, quando se despacha a petição, porquanto já aí pode ter de interpretar o ato juridico, a fim de dar o despacho inicial. A interpretação pelo juiz tem duas relevâncias: *a)* apresenta a interpretação, que, com a coisa julgada, se terá por verdadeira; *b)* estabelece que o figurante, se discorda da declaração judicial, pode, firmado nela, alegar o erro substancial, como causa de nulidade (arts. 86-91). Isso não quer dizer que, dada por um juiz a interpretação, tenha o figurante de esperar a coisa julgada para propor a ação de nulidade.

A interpretação, que, nas duas sentenças, constituir coisa julgada, impor-se-á como fixação do sentido do ato jurídico, como questão prévia resolvida.

Se as partes acordaram em interpretação, não pode o juiz impor outra interpretação (E. Danz, Die *Auslegung der Rechts* gescbdfte. 3ª ed., 62; H. Titze, *Die Lebre* vom *Missuerstàndnis,* 88, nota 9; G. Planck, *Kommeritar,* 1, 346), salvo se ataca alguém a quem interessa a eficácia do ato jurídico. Quem não tomou parte na interpretação concorde pode sempre opor-se a ela, se éterceiro. Se a interpretação modifica a relação jurídica, por não coincidir com o que foi manifestado, tem-se de tratar o acordo no interpretar como novo contrato, ou como contrato, se não era de contrato que se cogitava. Então, a eficácia é só ex nunc (H. Titze, *Die Lebre* pom *Missverstàndnis,* 88; sem razão, E. Danz. *Die* Auslegung *der* Rechtsgescbàfte, 3ª ed., 73 s. e 112).

3. Questão de *direito* e questão de *fato.* Por vezes é preciso distinguirem-se o que é. na interpretação dos atos jurídicos, questão de direito e o que é questão de fato. Sempre que se discute a interpretação da regra juridica cogente, dispositiva, ou interpretativa, ou da regra jurídica de interpretação, para se saber como se há de interpretar algum ato jurídico, a questão é *quaestio iuris.* Não assim quando se trata de declarar o que o figurante quis, ou que os figurantes quiseram. ou o que o destinatário entendeu, ou o que é uso ato juridico, ou o que é regra de boa-fé, salvo se a regra de boa-fé foi elevada à categoria de regra jurídica, tal como acontece com o art. 1.090 do Código Civil. Quando o uso é regra jurídica, há questão de direito.

Capítulo XVII

Forma

§ 332. Conceito de forma

1. *Fatos* jurídicos e *forma.* Todos os fatos jurídicos têm conteúdo e forma. Mas só a forma dos atos jurídicos é relevante para o direito. Qualquer que seja a forma com que se morre, o que importa é o fato da morte, como só importa o fato do nascimento ou o ato-fato da tomada de posse ou do pagamento.

Enquanto a vontade permanece íntima, não exteriorizada, não interessa ao direito. Pode interessar à religião e à moral. A expressão é a forma; só se levam em conta as vontades que se enformaram. A forma é a da vontade e dos outros elementos do suporte fático, que precisem exteriorizar-se, como fatos da psique. A forma mesma é elemento do suporte fático, razão para se preferir falar de forma da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, em vez de forma do ato jurídico (Dragoljub Arangjelowitsch, *Die formeI/eu Willenserklài-ungen,* 11). Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (O. von Võlderndorff, *Die Form des Rechtsgescbàfts.* 14 s.). Mas, em se tratando de forma especial, pública, legal ou voluntariamente exigida, ou de forma escrita, legal, a sanção é a nulidade, e não a inexistência. Qualquer pessoa pode argfli-la, ainda *incidenter.* exceto quanto ao casamento (art. 222). A execução dos negócios jurídicos não sana a nulidade por forma, como outra qualquer: éconsequência necessária do conceito de nulidade (Dragoljub Arangjelowitsch. *Die formelleu Willenserklàrungen,* 131; cp. C. C. lioewe, *Die Form der* Rechtsgeschàfte, 86); nem há convalescença. Rara que a infração da regra juridíca sobre forma especial não produza nulidade, é preciso que a lei o diga expressamente. porque a sanção de nulidade é o principio geral. As vezes, por defeito de forma, a sanção é de inexistência. Mas os casos são raros (e.q., art. 194).

As sanções de nulidade apanham, quanto à forma, os atos jurídicos em geral; portanto, os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu.* Não se referem a atos-fatos jurídicos nem aos outros fatos jurídicos *stricto* sensu.

2.

Forma; existência, validade e *eficácia* do ato jurídico. A forma pode ser pressuposto de existência do ato jurídico, de eficácia ou de validade. A doação verbal de bem imóvel não é nula; é inexistente. A doação verbal de bem móvel, sem se lhe seguir, desde logo, a tradição, também o é. A doação de bem imóvel por instrumento particular é nula, porque não se observou o art. 134,II.

A forma pode ser elemento

necessário ao suporte fático para que *entre* no mundo jurídico, ou para que o ato jurídico *valha,* ou para que o ato jurídico tenha certo efeito, ou certos efeitos. Uma das formas apontadas ao testamento é necessária à existência do testamento; se, adotada uma delas, houve transgressão de regra jurídica sobre a forma, há nulidade. Se o ato jurídico não existe, porque, sem a forma, não se pode pensar em que exista, a ação de quem lhe nega existência é a declaratória negativa. Se alguém entende que o ato jurídico existe, a ação é a declaratória positiva. Se se alega que o ato jurídico violou regras jurídicas sobre forma especial e a sanção é a nulidade, a ação é constitutiva negativa. Tais regras jurídicas hão de ser expressas em lei; não cabe revelar-se regra jurídica sobre forma especial, se a lei expressamente não na estabeleceu. E isso o que se diz no art.

129: "A validade" — *a fortiorí,* a existência — "das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)." Se a lei exige a forma especial, sem dar a sanção, entende-se que é a de nulidade (art. 145, III); salvo se a faz elemento para que o suporte fático seja suficiente, porque, então, o ato juridico não existe. Porém, às vezes, a forma especial éapenas para reforço à eficácia (= existe e vale, sem ela, mas não produz certa eficácia). O contrato de venda e compra de imóvel por instrumento particular não basta a que se entenda transferida. por acordo incluso, a propriedade, pois esse acordo seria nulo (art. 134. II), posto que possa ter eficácia obrigacional.

3. *Forma* e *boa-fé.* As regras jurídicas sobre forma não podem ser ignoradas; quem as ignora, não se escusa pela ignorância, de modo que não se lhe há de admitir a boa-fé, nem o que invoca a nulidade do ato jurídico, em que figure, age contra a boa-fé nos negócios; nem há qualquer dever moral, menos ainda dever sem obrigação, em que se cumpra o ato jurídico com vício de forma. O que foi prestado em

virtude de ato jurídico nulo por infração de regra de forma pode ser repetido, *salvo* se o que recebeu provar a existência da obrigação, independente do ato jurídico nulo.

4. Repetição de ato. O ato jurídico, pelo qual se diz que se confirma, ou ratifica (senso largo) o ato jurídico nulo por infração de regra jurídica de forma, repete-o. O ato pelo qual se diz repetir, confirmar, ou ratificar o ato juridicamente inexistente, por inobservância de regra jurídica de forma, não no repete, nem no conf irma, nem no ratifica, — é ato jurídico novo, que alude a não ser jurídico, a suporte fático insuficiente. Tanto na repetição quanto na conclusão do ato jurídico, após outro ato que não se juridicizou. não há eficácia ex *tunc.*

Porque nenhum efeito houve no passado, a que pudesse aludir. Em todo o caso, os figurantes podem ter usado da alusão ao ato jurídico nulo ou ao ato juridicamente inexistente, para exprimir que querem os efeitos do ato jurídico de agora como os teria tido o ato jurídico aludido, se não tivesse sido nulo ou se tivesse existido e produzido efeitos. São efeitos do ato jurídico de agora, que se fazem começar, se possível na espécie, desde a data a que se alude.

Excepcionalmente, a lei pode aproveitar o suporte fático deficitário, de que resultou o ato jurídico nulo, para dar validade por *complementação substitutivo.* Se o que adquiriu o imóvel por instrumento particular obteve o registro, o outorgado recebe a propriedade, mas a eficácia é ex *nunc.*

333. Forma e ato jurídico

1. *Forma e todo do ato jurídico.* A forma dos atos jurídicos ou é *oral,* ou é escrita, ou *por atos,* como a revogação do testamento que o testador destrói. De regra, quem vai praticar o ato jurídico escolhe a forma. O

que é preciso é que baste à manifestacão da vontade, ou à comunicação de conhecimento, ou de sentimento, e corresponda a toda ela. Não é fiador quem apenas assina o contrato entre duas outras pessoas sem que se fale de fiança pelo que assina com o figurante; nem há locação sem se dizer que prédio se aluga. Quando a lei permite que a alguma assinatura, só por si, corresponda ato jurídico,

di-lo explicitamente, para que, dadas as circunstâncias que ela prevê, se tenha como escrito o que lã não está; e.g., quanto ao endosso e ao aval dos títulos cambiários e cambiariformes. Se a lei exige certa forma, dita, então, especial, a infração da regra jurídica importa em nulidade. Se o que teria de observar forma especial faz remissão, no ato jurídico formal, a ato jurídico não-formal, que passe a ser integrante dele, infringe a regra jurídica sobre a forma especial, porque o instrumento formal não se pode completar por simples remissão a outro ato jurídico não-formal. Se o instrumento jurídico não tinha de ser em forma especial e o foi, o ato jurídico posterior pode completar-se com ele, se bem que não empregue a forma especial não exigida. Assim, se o contrato de locação foi por escritura pública sem que de tal forma especial se precisasse, a prorrogação pode ser por instrumento particular, salvo se houve a cláusula do art. 133. A repetição há de reproduzir o conteúdo do ato jurídico nulo que se quer repetir; e.g., não vale a escritura pública de repetição de venda e compra que diga:

"reconheço, por esse instrumento público, ter vendido a B, no dia 2, oralmente, o prédio x, tendo recebido o preço". ou "declaro dar toda eficácia *à* venda do prédio que fiz, por escrito particular, a B".

2. *Forma e interpretaçâo.* Se a forma, por palavras, ou por atos, não é explícita, pode explicitar-se, por interpretação, ainda que se hajam de invocar manifestações anteriores, de formas diferentes, ou outras circunstâncias. Aí não se está a completar o formal com o aformal, mas sim a interpretar o todo formal. O

fito é apenas o de se descobrir o sentido, como se A chamou "rodapé" a alizares, ou "dez dicionários" a "dez vocabulários". *Falsa demonstrotio non* nocet. Se A vendeu o prédio nº 536 e o que ele tem é o de nº 636, a interpretação pode mostrar que a venda foi desse, e não daquele (cf. H. Titze. *Die Lebre von Missverstàndnis,* 427). Nos registros de bens — e.g., no registro de imóveis — a interpretação que mostre tratar-se do bem *a.* e nao do bem *b,* somente pode ter eficácia para o registro, por meio de ação de retificação (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 212-213). Idem, quanto ao registro civil das pessoas naturais (Lei nº 6.015, arts. 109-113) e quanto aos outros. Se o outro figurante não acorda, pode ser intentada a ação declaratória da relação jurídica, antes de se pedir a retificação.

3.

Forma e direito cogente, dispositivo e interpretativo. Os instrumentos públicos não são obstáculos a que se ataque por nulo, ou anulável, o ato jurídico que eles enformam. Dai não se forrar a escritura pública a que se alegue a ilicitude do objeto, a impossibilidade, a falta de algum requisito material, o erro, o dolo, a coação, a simulação ou a fraude contra credores.

Tanto a respeito dos instrumentos públicos, quanto a respeito dos instrumentos particulares, incidem as regras de direito dispositivo ou interpretativo. Rara se afastar a incidência do direito dispositivo, quer se trate de ato jurídico por instrumento público, quer de ato jurídico por instrumento particular, é preciso que se declare o contrário, observada a forma especial, se é exigida.

4.

Forma tácita ou *formo fática.* Forma tácita, ou *forma fática (tatsàchliclie Forro),* é a forma não-escrita, nem impressa, nem gravada, nem pintada, ou por outro modo fixada (cf. II. Frei, *Form der kechtsgeschàfte, 26* s.). Cabe tal forma sempre que não se exige a forma em palavras, que fiquem, ou em sinais, que se possam reproduzir. O disco de fonógrafo não é forma fática; é forma escrita, em sentido *lato.*

A película cinematográfica que reproduza o escrito, ou o ato de escrita, é forma escrita, em sentido lato, e não forma fática. A forma oral, assaz usada em processo, é forma fática, e não escrita. A aceitação da oferta pelo consumo da coisa remetida pelo oferente é em forma fática. O telegrama é forma escrita, cuja autenticidade pode ser verificada no lugar da expedição. (Cumpre observar-se que os fatos jurídicos *stricto sensu* têm forma fática, como o nascimento e a morte; mas a forma tácita, de que falamos, é fàtica e entra no mundo jurídico.)

§ 334. Forma especial

1.

Conceito. Diz-se forma especial a forma que o sistema jurídico exige para determinado ato, ou quando se trate de alguma pessoa, ou coisa.

Só a lei especializa. Quando, no art. 133, se enuncia o princípio de poder ser exigida, voluntariamente, a escritura pública, princípio que cabe em princípio mais geral da exigibilidade voluntária da forma, não se estabeleceu que a vontade humana possa fazer especial a forma, se não é *in casu* ou para certos casos. Daí a importância técnica da distinção entre *forma especial,* que é a exigida por lei, e a *forma voluntária,* que as pessoas físicas ou as pessoas jurídicas pré-exigiram.

Se a lei exige ao ato juridico a forma escrita, tem-se de perguntar se a exigiu como pressuposto necessário, caso em que a falta da forma escrita é óbice à entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico e a defeituosidade causa de nulidade, ou se apenas estabeleceu regra jurídica de prova. O testamento oral fora dos casos em que a lei o permite é nenhum; o testamento particular em que não haja algum requisito da forma é nulo.

2.

Forma especial e *exigência para certo efeito, ou efeitos.* Quando se fala de forma especial, em geral, entende-se a forma sem a qual não *valeria* o ato jurídico. As vezes, porém, a lei exige forma especial para que o ato exista; e outras, para que o ato jurídico válido produza ou se preste a algum efeito. Já não se está no plano da validade, e sim no plano da eficácia. Tem-se de prestar toda atenção entre as três espécies: se falta a forma especial, em sentido próprio, não vale o ato jurídico; se apenas falta a forma especialmente exigida para certo efeito, apenas não se produz o efeito para o qual era exigida (referimo-nos à exigência legal); se a forma especial é pressuposto para que o ato se faça jurídico, a falta importa em não existência de ato jurídico. Todavia as pessoas podem exigir, previamente, para certo efeito, não-regulado, quanto à forma, pela lei, forma voluntária, e então tal forma voluntária apenas é necessária no plano da validade. Tal princípio é simétrico ao art. 133.

Por exemplo: a forma especial não se confunde com certas formalidades ou exigências que a lei faz para certa eficácia, como o registro para a constituição de direito real, ou a sua transferência, ou o reconhecimento de firmas para algum efeito de direito público ou privado (L. Frei, *Forro der Rechtsqeschàft,* 2 sj. Nem é sempre forma a aprovação judicial de alguns atos, se bem que o seja a aprovação do testamento cerrado (arts. 1.638, Xl, 1.639, 1.642 e 1.643).

Toda forma pública, comum, pode ser adotada em vez da forma particular. A forma especial é que não pode ser substituida, se a lei, por si mesma, não o permitiu.

3. *Forma* e *pré-contrato.* Quanto ao pré-contrato, se a lei só exigiu a forma especial como segurança do meio de prova, ou pressuposto da acionabilidade, ou da executividade, nada obsta que dela se afastem, os pré-contraentes; mas o pré-contrato não tem maior eficácia do que teria o contrato (B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9ª ed., 272). Deixava-o à vontade dos contraentes *E.* Regelsberger *(Civilistische Erórterungeri,* 1, 139). Por sua vez, H. Degenkolb *(Der Begriff* des *Vorvertrags,* 35) pretendeu distinguir formas exigidas por interesse da comunidade e formas que as leis apontam como melhores, — o que é insustentável (cf. L.

Frei, *Forro der Rechtsgeschàfte,* 19 s.).

Se o negócio jurídico é bilateral, a forma especial é necessana para todos os figurantes. Se o oferente só se pode obrigar por escritura pública, por não saber escrever ou por ser cego, surdo, ou mudo, a oferta tem de ser por escritura pública; mas a exigência não se comunica á aceitação. Se é o destinatário que só se pode obrigar por escritura pública, a exigência não se comunica à oferta.

4.Regras jurídicas sobre forma escrita. A forma escrita é a mais frequente e a mais exigida das formas. O

instrumento particular é a forma escrita de mais largo emprego, por mais fácil e mais barata. Há regras jurídicas que concernem a todas as formas escritas, públicas e privadas: *a)* Todos os elementos essenciais da manifestação de vontade, ou do ato jurídico *stricto sensu,* hão de estar no instrumento: podem nele estar manifestações de vontade, comunicacões de conhecimento e de sentimento, que não tenham relevância jurídica. *b)* A assinatura deve ser do figurante, isto e, escrita de seu punho (autógrafa) e há de consistir em nome, ainda que abreviado (e.q., o nome de família,); em círculos restritos, a alcunha, ou o nome caseiro (Ame, Dêdê). A lei não exige a legibilidade; satisfaz-se com o sinal característico, que baste à autenticidade, se a pessoa sabe escrever e pode escrever A assinatura pode ser: com pseudônimo; ou com o nome que a pessoa passou a usar; ou com o

nome que pensa ser o seu: ou com o nome, com que A. simulando ser B, assina o instrumento, porque, então, A. que assinou E, se vinculou, se que B se vinculasse. Quem não pode assinar não pode ser figurante em instrumento particular; somente pode adotar a forma pública, com alguém que, por ele, assine a rogo. A assinatura há de ser embaixo, depois das declarações. Não temos a assinatura à margem, salvo se toda a folha foi ocupada pelo texto e se declara, previa-mente, que se vai continuar à margem, ou se continua, assinando-se depois. Se há aumentos, ou acréscimos, não basta escrever-se:

"O mesmo", .~ sobredito", ou a inicial. O aumento ou acréscimo de data posterior é tido como pacto adjecto, ou como elemento de interpretação. O que oferta pode exigir que a aceitação tenha forma especial; o que recebe ofertas, também. Se isso acontece, só se entende aceita a oferta cuja aceitação foi feita na forma exigida, ou aceita a oferta que não foi feita na forma exigida, se a oferta comunica que. *in casu,* retira a exigência, ou o faz o aceitante. O que oferta pode dizer que se satisfaz com a aceitação por telegrama, carta ou telefone. Para a aceitação por telegrama, é preciso que haja assinatura do aceitante, se bem que não chegue ao oferente o original do telegrama. Entende-se que, em caso de negação da autenticidade, ou da expedição, se pode dar prova da autenticidade, ou expedição, ainda que não tenha chegado ao destinatário.

As cartas têm a eficácia dos instrumentos particulares do art. 135, ainda que não tenham testemunhas, se entre os figurantes delas há o uso de negociar por cartas. Entre comerciantes. ou partindo de comerciante, rege o art. 22 do Código Comercial e, pois, não há pensar-se em exigência de testemunha. Também se pode convencionar que o instrumento público somente *tenho eficácia,* ou *certa eficácia,* depois de se dar forma pública ao ato jurídico, ou que somente *valha* o ato jurídico depois disso (art. 133).

§ 335. Elementos complementares do suporte fático

1. *Fatos estranhos à forma.* Se, além do elemento volitivo, de comunicação de conhecimento, ou de sentimento, outro fato ou outros fatos compõem o suporte fático do ato jurídico, tais como a tradição, o registro, a prévia autorização para se fundar entidade assistencial, filantrópica, ou cívica, com fins de defesa nacional (Decreto-Lei n5 4.684, de 12 de setembro de 1942). a aprovação dos estatutos das

fundações (Código Civil. art. 27), o registro das associações de empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores e dos sindicatos (Consolidação das Leis do Trabalho, arts.

511. 512, *558* e 559), não são forma. Uma das consequências disso é a de que, se se repete o acordo de constituição, ou de transmissão, por nulo ser o anterior, se precisa de novo registro (cf. H. Siber, *Das Buchrechtsgeschàft,* 35).

2. *Qualificação legal.* Pode a lei considerar forma o que, considerado em exame científico, não no é; então, o elemento estranho à forma passa a ser integrante dela, com as consequências da respectiva infração.

§ 336. Instrumentos e suas espécies

1. *Duplo sentido.* Em sentido largo, instrumento é forma, *quidquid instruere potest causam;* portanto, ainda a forma oral, ou por gestos, que se prova por testemunhas. Em sentido estrito, é a forma escrita, pública ou privada, eventualmente, se as leis o permitem, a gravação, em discos ou películas, da voz, ou do gesto (gramofone, cinematógrafo, televisão).

2. *Forma escrita.* Já em 1169, Afonso Henriques frisava que a *escrita* dá forma nova aos atos jurídicos antigos, *antigua innovat,* firma os novos, *nova coo firmat,* e conserva os atos jurídicos confirmados, *confirmata conservat;* quanto ao que conserva, põe-no a salvo de o esquecerem as gerações posteriores, *conservata, ne posterorum notitiae oblivioni tradantur, representat.*

3.

Dicotomia. Os instrumentos ou são públicos *lato sensu* (= *scripturae authenticae, instrumenta authentica)* ou privados *(scripturae privatae, instrumenta primata).* Escritura pública, instrumento público *stricto*

sensu, é o que é feito pelo oficial público, de acordo com as regras jurídicas de competência e de pressupostos formais, para efeitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos (Silvestre Comes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* IV, 64: "Publica scriptura est solennis, et rite ordinata seriptura per authenticae personae manum publicae memoriae causa facta.")

§ 337. Instrumento público

1. *Conceito.* Instrumento público é aquele a que o oficial público dá a forma, por dever de ofício. O figurante ou figurantes escolhem a forma, dita, então, pública, ou a lei o exige, e o oficial público instrumenta o ato jurídico. As formas compõem-se, portanto, *auctoritate publica,* se o futuro figurante ou os futuros figurantes as pedem. A confeição é do oficial público e do figurante ou figurantes, porque quem figura *faz* o ato jurídico, a que se procura a forma pública; o oficial público *con faz.*

2. *Lançamento do ato jurídico.* O oficial público lança no livro de notas, *io protocolio,* o que ouviu, e somente poda por fé o que ouviu e escreveu, ou, impresso no livro de notas, foi ratificado pelo figurante ou pelos figurantes. A distinção entre atos jurídicos instrumentados por notários e instrumentos provindos de autoridade pública, que seja ou não seja tabelião, nem possa ter funções de tabelião (os escrivães judiciais a têm para certos atos jurídicos, como as renúncias, as transações, dependendo, porém, de homologação), corresponde a distinção entre instrumentos públicos *stricto sensu* e instrumentos *autênticos* (instrumentos públicos *lato seosu),* que são todos os instrumentos que não são privados. Isto é: instrumentos feitos por tabelião, ou tomado por termo nos autos o que se disse, ou outro ato nos autos, que a lei permita, ou por autoridades administrativas (Silvestre Comes de Morais. *Tractatus de Executionibus,* IV, 64 5.; cp. Ordenações Filipinas, Livro III, Título 59, *pr,* e § 4, *verbis* „instrumento público, ou outra autêntíca escritura").

Cumpre que se nâo confundam as declarações instrumentadas pela autoridade pública, as declarações registradas — inscritas, ou

transcritas —„ ou averbadas, e as declarações à autoridade pública, como as que se fazem aos juizes (e.g., renúncia à herança, por instrumento particular, que é revogável até ser tomada por termo no juízo do inventário, art. 1.581, *io fio* e, isto é, irrevogável com a tomada por termo, após cognição pelo juiz).

3. *Que há de conter a escritura pública?* A escritura pública, segundo o que o Código Civil estatui no art.

134. § **1ª,** *a)* a lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública. fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter. *a)* data e lugar de sua realização; *b)* reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato; *c)* nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento. nome do cônjuge e filiação; *d)* manifestação da vontade das partes e dos intervenientes; e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes.

ou de que todos a leram: f assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato (salvo nos casos dos arts. 1.217, 1.633 e 1.660: cf. o que se estatuíra no Decreto-Lei n" 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, art. 5º, e Decreto-Lei «„ 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 6ª, § 1ª). O

tabelião precisa ter competência para a lavratura, no seu distrito; porque fora dele, ainda que os figurantes consintam, não tem competência (Álvaro Valasco, *Decisiooum Coosultationum ac rerum iudicatarum.* 1, 26

5.: "Notarium non posse conficere instrumentum extra territorium eius qui illum creavit, etiam de consensu partium.j: o tabelião não tem jurisdição, que se pudesse prorrogar, mas apenas função que não se pode estender a outro lugar e território que aquele para que foi nomeado (Et est ratio, quia tabellio non habet íurisdictionem, quae prorogari possit, sed nudum ministerium, quod non est extendibile ultra locum et territorium, in quo constitutus est.)

Deve o tabelião dizer que lhe pediram que instrumentasse o negócio juridico (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78. § 5); porém Miguel de Reinoso *(Observa tiones Practicae, 255),* a respeito das testemunhas

de testamento, já tinha por presumida a rogação, devendo entender-se o mesmo (J. 1. Ramalho, *Praxe Brasileira.* 256) quanto à rogação do tabelião.

A omissão de qualquer dessas formas e do pressuposto de competência é causa de *nulidade* da escritura, mas depende de acão a decretar-se.

4.

Presunção de verdade no conteúdo. Se não é nula a escritura, tem a presunção de ser verdadeiro o seu conteúdo, inclusive quanto à vontade dos figurantes, e de se terem observado as regras jurídicas sobre forma:

"Scriptum in publica scriptura pro se habet tres praesumptiones, scilicet. quod sit vemm, solenne et de voluntate partium , escreveu Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* III, 594); e em qualquer *ação de anulação* o ônus da prova vai ao autor, e nao ao réu (et ideo ilIe, qui impugnat contractum per publicam scrípturam celebratum, non alio adstríngitur onere probationis).

É preciso atender-se a que os enunciados de fato, que se contêm na escritura, só têm presunção de verdade entre os figurantes e seus sucessores, posto que possam ser apontados como prova contra quem os fez (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* II, 331).

§ 338. Pressupostos da escritura pública

1.

Oficial público e *instrumentação.* O primeiro requisito de todo instrumento público é a competência do oficial público: a pessoa, que instrumenta, há de ser oficial público e ser competente (Alvaro Valasco, *Decisionum Coosultationum,* 1, 26; Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, *pr,* e § 1). Ninguém se presume ser tabelião, escrivão, ou oficial público; de modo que o ônus da prova de que a pessoa, perante a qual se fez o ato jurídico, éoficial público incumbe a quem o alega,

ainda que se trate de oficial de outro Estado, Estado Federado, ou outra unidade do país (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* IV, 38: “a fortiori procedit si instrumentum a longínquo venit, nam, cum non sit nota persona tabellionis, ei non credetur, si a parte opponatur non esse confectum per publicum notarium; sem razão, Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* 1, 222, e Manuel de Almeida e Sousa, *Segundos Linhas,* 1. 438 s.).

Segundo requisito: a escrita há de ser por ele mesmo ou escrevente que, por lei, possa escrever pelo tabelião. O terceiro requisito seria o de ser lançado em ordem cronológica, porque, se se salta a ordem, ou se se retrocede, de modo que a data não é correspondente à ordem do livro de notas, seria nulo; em verdade, porém, apenas há indicio de antedatação ou pós-datação. Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus de Execu tionibus,* IV, 20). que II. H. Correia Teles (Digesto Português, 1, § 312, 43) cita para sustentar a sanção da nulidade, não diz isso; apenas se referiu a escrituras não lançadas, às escrituras incompletas.

Quarto requisito é o da data (dia, mês, ano), o que as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 7, exprimiram indiretamente. E princípio geral de direito judiciário material (Código Visigótico, II. 1, L. 1: Regimento dos Tabeliães de 15 de janeiro de 1343, art. 16; Ordenações Afonsinas, Livro 1, Título 47. § 4; Ordenações Manuelinas, Livro 1, Titulo 59, § 32; Ordenações Filipinas, Livro 1. Título 80, § 7: “E nas escrituras, que fizerem, ponham sempre juntamente o dia, mês e ano... e não separado, como até aqui se fazia”). Se o figurante ou os figurantes. ou alguns desses figurantes ou todos exigem a hora, insere-se a hora.

e é dever do oficial público atender à exigência, sem que a infração do dever acarrete a nulidade da escritura.

Quinto requisito é o do lugar (Regimento dos Tabeliães de 15 de janeiro de 1343, art. 16; Ordenações Filipinas. Livro 1, Titulo 80, § 7: „e a Cidade, Vila, ou lugar e casa, em que as fizerem”, isto é, a Cidade, Vila, ou lugar, e a casa).

Sexto requisito é o de conhecer o oficial público o figurante ou os figurantes, ou o de, se não puderem identificar-se por documento, o conhecerem as testemunhas, o que o oficial público há de declarar. Se o oficial público não conhece o figurante, ou os figurantes, ou algum ou alguns deles, as Ordenações Filipinas foram claríssimas (Livro 1.

Título 78, § 6): “E se os ditos tabeliães não conhecerem alguma das partes, que os contratos querem firmar, não façam tais escrituras: salvo se as partes trouxerem duas testemunhas dignas de fé, que os ditos tabeliães conheçam, que digam que as conhecem. E no fim da nota, os tabeliães façam menção, como as ditas testemunhas conhecem a parte, ou partes, as quais assim mesmo assinarão na nota”.

Discutiu-se se, tendo assinado o figurante, ou tendo assinado os figurantes, e as testemunhas, sem o oficial público ter dito que conhecia aquele ou aqueles, e sem a menção de que o conhecia, ou os conhecia, se há de entender que conhecia aquele, ou aqueles. Nesse sentido, com razão, contra a nulidade, Manuel Bagna Quaresma *(Thesaurus quotidianarum resolution um,* 1, Cap. 3, nº 34; Manuel de Almeida e Sousa, *Segundas Linhas,* 1, 449). Também se discutiu se, desconhecido do oficial público o figurante, algum, alguns ou todos os figurantes, era preciso que figurassem mais duas testemunhas além das instrumentárias. A princípio, foi essa a interpretação corrente (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* IV, 18; Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas,* 1, 172), porém não estava isso nas Ordenações Filipinas e o *Repertório* (II, 155 s.) dá noticia da solução certa, que foi a do Senador Oliveira: as testemunhas que digam conhecer são as mesmas; o que é preciso éque se mencione que o oficial público não conhecia o figurante ou figurantes, mas o conheciam ou os conheciam as testemunhas. Se o oficial público disse que conhecia o figurante, ou os figurantes, o que, em caso de nada mencionar, se há de entender, a prova de que quem figurou não era a pessoa que se apontara como tal tem de ser suficiente para destruir a fé pública que tem o oficial público.

Idem, se disse ter lido, ou se é de entender-se que leu, e leitura não houve, de modo que foi assinado o que o figurante não declarou ou os figurantes não declararam (Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação de Pernambuco. 10 de dezembro de 1945, *AF* 17/359); ou se disse que conhecia as testemunhas, e não é verdade, de jeito que não podem ser ouvidas sobre o ato jurídico, por serem falsas, uma vez que assinaram pessoas que não tinham tais nomes.

Sétimo requisito é *o* das duas testemunhas que o oficial público conheça e conheçam o figurante ou os figurantes. Não se confundam o conhecerem as testemunhas o figurante, ou os figurantes, e a menção de que o oficial público não o conhece, ou não os conhece, e elas sim. O conhecer o figurante ou os figurantes é exigência a qualquer testemunha (Álvaro Valasco, *Decisionum Consultationum,* 1, 101); o

dizer que o conhece, ou os conhece, e constar do instrumento público, porque o oficial público não o conhece, ou não os conhece, é solenidade a mais, por ter havido a declaração do oficial de que não o conhece, ou não os conhece. O serem conhecidas do oficial público as testemunhas é requisito essencial, mas entende-se, na falta de menção, que o oficial público as conhecia (sem razão, a Relação da Corte, a 5 de dezembro de 1872, QD III, 60).

O Corregedor Geral da Justiça do Distrito Federal, a 22 de agosto de 1946 *(RJB* 74/85), aventurou —

não há outro termo mais adequado — que, sob o Código Civil, ao contrário do que se passava sob as Ordenações Filipinas — não se exige para a validade das escrituras públicas o serem testemunhados os atos: só intervêm o tabelião e os contraentes. Acrescentou: nos testamentos, éformalidade essencial a presença e a assinatura de cinco testemunhas (arts. 1.638 e 1.645); nas escrituras públicas, intervêm duas testemunhas, por ser medida aconselhável e em cumprimento a velha praxe; a sua não-interferência não causa nulidade do ato. E mandou que a testemunha, que assistiu à leitura do ato e deixara de assinar, assinasse. Mais: argumentou que os defeitos de forma são sempre sanáveis (9. É difícil encontrar-se tanta conspurcação de princípios. Não há uma só proposição, nesse despacho de corregedor, que não seja falsa, dentro do sistema jurídico brasileiro. Primeiro, as regras jurídicas sobre requisitos dos instrumentos públicos, como, em geral, dos atos de direito público são regras de direito público; portanto, seria de estranhar-se que se inserissem no Código Civil. O Código Civil somente cogitou, nos arts. 129-144, da forma especial, em geral, e da prova dos atos jurídicos, sem invadir o terreno do direito euremático. Segundo, o art. 1.807 foi explícito ao dizer que o Código Civil somente ab-rogava ou derrogava "as Ordenações Filipinas, alvarás, leis, decretos, resolu-

ções, usos e costumes concernentes às matérias de *direito civil,* reguladas" nele. Portanto, há de ser de direito civil a matéria e regulada no Código Civil. O assunto dos pressupostos da escritura pública como ato de direito público nem é de direito privado, nem o Código Civil dele tratou. Segundo, quanto aos testamentos, não se cogitou da feitura dos atos de instrumentação pública em geral, mas de pressupostos do negócio jurídico dos testamentos, para os quais a lei exigiu cinco testemunhas, além de outros pressupostos formais (arts. 1.632-1.637). O tabelião tem de atender a isso, como regra de direito civil. Terceiro, não se fez qualquer lei que se substituísse á legislação anterior relativa aos pressupostos gerais das escrituras

públicas.

Quarto, nenhum juiz, em correição, ou não, pode mandar que se *altere,* ainda a pretexto de completar, ato dos tabeliães, ou dos registros. Quinto, é absolutamente contra os princípios a pretendida sanação dos defeitos de forma. Trata-se de heresia jurídica. O princípio, no direito brasileiro, privado ou público, é exatamente o contrário: o da insanabilidade de toda invalidade por infração de regra jurídica de forma. O ato jurídico, de direito privado, ou de direito público, nulo por defeito de forma (quase todos os atos que violam regra jurídica sobre forma especial são nulos), não pode ser sanado, nem ratificado. A afirmação de que os defeitos de forma são sempre sanáveis" passa de toda a medida no enunciar regra jurídica que de modo nenhum está no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, todos os defeitos de forma especial são insanáveis.

Por isso mesmo, falta qualquer competência aos juizes para decretar sanações e, até, para retificar erros das escrituras públicas: escritura pública somente se retifica por outra escritura pública, e não por mandamento judicial, disse-o, com todo o acerto, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de setembro de 1949 (RT 182/754). Quanto às sentenças, o juiz que as proferiu pode corrigi-las, *enquanto têm cogniçãodo* feito (Código de Processo Civil, art. 463: "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: 1- para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo"). Se cessa a cognição *(e. g.,* se foi interposta apelação), já a correção não se pode dar *(aliter,* em se tratando de interposição de agravo). Nunca outro juiz ou o tribunal superior pode corrigir erros existentes na sentença; pode o tribunal dar provimento a recurso, para que a decisão, que haja de prevalecer, seja sem esses erros, ou negando provimento ao recurso, declarar que o lapso é evidente, caso em que interpreta a sentença para a reputar estreme de injustiça.

Se a escritura pública está assinada pelo outorgante, sem haver testemunha, tem eficácia de instrumento particular; não de escritura pública. Se o ato jurídico exigia a forma pública, é *nulo* o ato jurídico, por defeito de forma (art. 145, III); se o ato jurídico não exige forma pública, não é, pela falta das testemunhas, nulo, porque a forma de instrumento particular foi satisfeita. É nesse sentido que se devem entender acórdãos em que, por impropriedade de expressão, se diz que "a falta de testemunha instrumentária não acarreta a nulidade da

escritura pública de mútuo" *(e g.,* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de dezembro de 1939, *RT* 139/195).

Aqui, teríamos de falar das declarações, porém declarações não são requisito, são conteúdo, texto. As declarações — sejam de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento — têm de ser feitas de viva voz. A isso chama-se texto do instrumento. O que o oficial público escreveu tem de ser lido ao figurante, ou aos figurantes; ou, tratando-se de surdo, lido por ele, ou pela pessoa que ele designar, presentes as testemunhas, ou, tratando-se de cego, duas vezes, em alta voz, uma pelo oficial e outra por uma das testemunhas que o cego designar. Além de ler-se, é preciso que se mencione o ocorrido.

Oitavo requisito é o ser *lido* ao figurante, ou aos figurantes, e às testemunhas, e à pessoa que assinou a rogo, o instrumento público. Lido, e não dito de cor, nem por extrato, ou apanhado (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* II, 1.140). Discute-se se *a,* a falta de menção da leitura é causa de nulidade, ou se *b,* então, se entende que foi lida. A resposta certa é no sentido de *b,* conforme assentou Manuel Álvares Pêgas, no comentário às Ordenações Filipinas, Livro II, Título 41, pr, e Livro 1, Título 78, § 5, depois da decisão célebre do Senador Manuel Temudo da Fonseca *(Repertório,* IV, 379: "... instrumentum semper praesumitur lectum a tabellione coram pratíbus contrahentibus").

Nono requisito é o da ressalva das rasuras, riscaduras, ou emendas, ou qualquer outro acidente que crie dúvida (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 4, 4ª parte: "E, se em lendo a dita nota, for emendada, acrescentada por entrelinhas, mingoada, ou riscada alguma coisa, o tabelião fará de tudo menção no fim da dita nota, antes das partes e testemunhas assinarem, de maneira que depois não possa sobre isso haver dúvida alguma").

Décimo requisito é o da assinatura do oficial público (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 5, Título 97, § 5); se o oficial público assinou o livro, e não pode assinar o traslado, porque faleceu, ou perdeu o cargo, ou por outra razão, o sucessor ou substituto pode tirá-lo e dar certidões.

Décimo primeiro requisito é o da assinatura do figurante ou as assinaturas dos figurantes, salvo se não sabem ou não podem assinar,

caso em que uma ou mais pessoas assinarão a rogo dos que não sabem ou não podem assinar.

Décimo segundo requisito é o da assinatura das testemunhas.

A escritura pública há de ser assinada pelos figurantes e pelos que tenham de assistir a um, alguns, ou a todos eles, e por duas testemunhas, pelo menos; se um dos figurantes não sabe ou não pode ler e escrever, por pessoa, que assine a rogo (la Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, 27 de outubro e 3 de novembro de 1944, *RF* 62/249/253), e assim para cada um dos figurantes que esteja em tal situação. Se falta assinatura da pessoa que teria de assinar a rogo, não *há* escritura pública. A decisão, que pode ser *inciden ter* e de ofício, é declaratória, e não constitutiva negativa.

2. *Requisitas eventuais.* São requisitos necessários eventuais: *a)* Se o figurante ou algum, alguns ou todos os figurantes não sabem assinar, ou não podem, é preciso que alguém (não pode ser uma das testemunhas) assine, a rogo, por ele, ou por eles (Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 78, § 4, 3ª parte: "E se cada uma das partes não souber assinar, assinará por ela uma pessoa. ~u outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção que assina pela parte, ou partes, porquanto elas não sabem assinar.") Cedo foi assente que uma só pessoa pode assinar a rogo de dois ou mais figurantes (Manuel Alvares Pêgas, *Commentaria,* VI, sobre as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 4, nº 11; Francisco

de Caídas, *Commentarius Analyticus.* Cap. 34, nm 14 e 17). O analfabeto, ou o que não pode assinar, somente se pode obrigar ou acordar em transferência, que exija forma escrita, por escritura pública, em que alguém assine por ele, a rogo. A decisão da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a 24 de agosto de 1947 *(RT* 182/936), que admitiu o instrumento particular e o suprimento da falta por outros meios de prova, invocando o art. 135, parágrafo único, foi contra a letra da lei.

b) Se há figurante que seja surdo, o oficial público tem de mencionar o fato e fazer o surdo ler, presentes as testemunhas, o que está escrito e mencioná-lo, sem que isso dispense a leitura às testemunhas.

Se o surdo não sabe ler, o oficial público designará alguém que o leia, presentes as testemunhas. Se o figurante e surdo-mudo, mas pode exprimir a sua vontade, é capaz e pode usar da forma pública, perante oficial público e testemunhas que o entendam, lendo o que foi escrito, se sabe ler, ou o oficial público, ou alguém que ele designe, traduzindo-o, presentes as testemunhas, ao surdo-mudo, em linguagem entendida por esse, o que se mencionará, devendo o tradutor assinar.

c) Se o figurante é cego, duas vezes lhe há de ser lido em alta voz o ato jurídico, uma pelo oficial público, outra por uma das testemunhas, designada pelo figurante, o que se há de mencionar (cp. art. 1.637).

3. *Falta de* menções. Se do instrumento público não consta o cumprimento de alguma solenidade, ou declaração, que por lei deve constar, entende-se que não foi observada, e não há provar- se que o foi, porque seria completar, por prova extra-instrumental, o

que falta ao instrumento.

4. *Traslados.* A cada um dos figurantes deve o oficial público dar traslado da escritura, se lho pede. Tais traslados não precisam ser concertados por outro oficial público (art. 138; cp. Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 79, § 6, e Título 80, § 15, que exigiam concerto por outro oficial público, se não fora feito perante os figurantes). O art. 138 foi claro: „Terão a mesma força probante", isto é. a dos oríginais do livro de notas, „os traslados e as certidões extraídas por oficial público. de instrumentos ou documentos lançados em suas notas." Dispensou-se, pois. o concerto, salvo quanto a *autos,* devido ao art. 137, 2ª parte, *verbis* "traslados de autos, quando por outro escrivão concertados". Ainda no art. 139 volta-se a falar de concerto, para se dizer que os traslados, ainda que não-concertados, e as certidões se consideram instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato. Mas o art. 139 somente pode aludir aos traslados que precisam de concerto, isto é, os do art. 137, *in Jine,* pois no art. 138 se dispensou concerto aos demais. Concerto significa acertado com, ajustado, e não ato de consertar, corrigir, emendar.

§ 339. Instrumento particular

1.

Conceito; assinatura do escrito. Instrumento particular é aquele que foi feito sem ser perante autoridade pública, que tenha função de instrumentação. O instrumento é público quando o agente do poder público tem competência para tomar as declarações de vontade dos particulares. Quando se fala de instrumento público, respeito à tomada de declarações que não sejam de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, já se alarga o conceito de instrumento público, com certos prejuízos para a técnica jurídica. A autoridade pública que, em virtude de alguma regra jurídica. há de receber a comunicação de conhecimento, ou a comunicação de sentimento, ou a manifestacão de vontade, não instrumenta. O ato pelo qual a ela se dirige a comunicação de conhecimento, ou a comunicação de sentimento, ou a manifestação de vontade receptícia, não se instrumenta na repartição, vem instrumentado; nem o ato de recepção instrumenta. Diz-se no art. 135: "O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por 2 (duas) testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no Registro Público." O art. 135 permite: o instrumento particular escrito pelo que o assina: o instrumento particular datilografado; o instrumento particular impresso; o instrumento particular misto, em que há palavras ou frases impressas e palavras ou frases escritas a mão, palavras ou frases datilografadas e palavras ou frases escritas a mão, ou palavras ou frases impressas e palavras ou frases datilografadas, ou palavras ou frases impressas, palavras ou frases datilografadas e palavras escritas a mão. As circunstâncias podem permitir, bem como os usos, a picotagem, ou outro meio de gravação, ou de baixo relevo.

O art. 135 refere-se a obrigações convencionais" mas, em verdade, incide ele a propósito de quaisquer manifestações ou comunicações de vontade, de conhecimento e de sentimento (E. Zitelmann, *Die Rechtsgeschàfte,* 1, 33), quer receptícias, quer não-recepticias. A assinatura é elemento da manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento. O que entra no suporte fático é a manifestação de vontade; por isso, e somente por isso, entra a assinatura. Se se diz que a manifestação de vontade entrou, e a assinatura é falsa, não é

verdade que houvesse entrado.

A assinatura é meio de individualização da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, segundo a fórmula romana: *Titius Maeuio salutem,* ou segundo o uso de hoje, que é o da assinatura em baixo do que se escreveu, ou foi escrito por outrem, ou datilografado, ou impresso. Aliás, a assinatura tornou-se mais usual exatamente porque mais se empregam documentos alográficos (Flechtheim, *Die Beweisbedeutung* der *Privaturkunde,* 20 s.). Com a exigência da assinatura, passou a ser indiferente a holografia ou a alografia (H. Lehmann, Die *Unterschrift im Tatbestande,* 24). A assinatura somente individualiza aquilo que está acima dela, ou, se há duas ou mais páginas, o que está nas outras páginas, se rubricadas. A rubrica não é assinatura, mas éauxiliar da assinatura para ligar as páginas rubricadas á última, que é assinada. A assinatura individualiza e fecha. Por ela é que se sabe que a manifestação ou comunicação se concluiu aí. Os romanos usavam o "Ego N. IV *legi, consensi, subscripsi",* que individualizava o começo (C. G. Bruns, Die Unterschriften, *Kleinere Schriften.* II, 118). O art. 135 não há de ser lido como se não fizesse prova o escrito que começasse com o nome: "P. pede a M. que lhe envie cem caixas de vinho do Porto, das três melhores marcas, a seu critério". Nem como pré-excludente da prova por bilhetes (e.g., de estradas de ferro), entradas de teatro e cinema, ou passagens de avião somente carimbadas.

A assinatura a que se refere o art. 135 é de próprio punho. Todavia, quem adota para atos repetidos outro meio de assinar (e.g., à máquina, a carimbo) expõe-se a que se dê, sem a assinatura holográfica. a individualização da manifestação de vontade.

Não assim, para atos a que se exige, como essencial, a assinatura, qual se dá com o testamento.

A assinatura estenográfica é posta de parte, salvo nos casos em que se prescindiria de assinatura; mas, aí. surge a *quaestio facti.*

O nome, com que se assina, pode ser o nome por inteiro, 011 o que baste à identificação. Em certas circunstâncias, o pseudônimo. No comércio, a firma.

Quanto à legibilidade da assinatura, não é elemento essencial, desde

que se possa identificar (principio da identificabilidade, em vez do princípio — já superado — da legibilidade (cp. E. Josef, Unleserliche und undeutliche Unterschriften, *Deu tsche JuristenZeitung,* VIII. 270 s.. com razão, contra Michels, *Die* Rechtsun *wirksamkeit unleserlfcber* Namens *unterschriften,* VIII, 141 s.).

Em caso de representação, a assinatura é do representante.

A assinatura deve ser logo após o texto, de modo que nada se possa intercalar. Todavia, se o que assinou deixou branco, foi a seu risco, salvo tratando-se de testamento. O poscrito, nãoreassinado, não entra no mundo jurídico.

Se a pessoa assinou em branco e aparece cheio o instrumento, vale o ato jurídico (Goldmann-Lilienthal, *Das Búrgerliche* Gesetzbuch, 1,157; C. Crome, System, 1, 387; E. Ech. *Vortràge,* II, 156; sem razão, C.

Loewe, *Die Form der Rechtsqescbàfte,* 31).

2. *Duas testemunhas.* Uma das exigências do art. 135 é a de subscreverem o ato jurídico duas testemunhas, que não se achem incluídas no art. 142. O art. 1.289 dispensa as testemunhas em se tratando de outorga de poder de representação, ou de mandato. Todavia, a exigência é apenas pressuposto da prova plena.

O art. 135 só se refere a atos jurídicos de que se irradiem deveres e obrigações, ou só deveres. Não concerne a atos-fatos jurídicos, como o pagamento, que se provam por todos os meios de prova (art. 939). A quitação é que há de ser por escrito. se o devedor pagante a exigiu (art. 940). Às vezes, acórdãos confundem pagamento e quitação (e.g., 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de outubro de 1943, *RT*

149/633).

O instrumento particular escrito e assinado, ou só assinado. sem qualquer testemunha, é prova documental (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de fevereiro de 1938, *RT* 112/643). De modo nenhum é nulo o ato juridico (sem razão, a 1ª Câmara, a 14 de junho de 1938 e a 15 de dezembro de 1939, 114/693. e 125/565). Acertadamente, disse a 1(Turma do Tribunal de Justiça do Espírito

de março de 1950 *(RTCJES* V. 154): ~O que se deduz do art. 135 do Código Civil éque, sendo o instrumento firmado por duas testemunhas, prova ele, por si só e ipso *facto,* independentemente de qualquer subsídio, as obrigações de qualquer valor (para as quais não seja exigida forma especial). Faltando a assinatura de duas testemunhas, o documento não prova, por si só, a obrigação ou obrigações a que se refira. Isso, porém, não significa que o instrumento se possa considerar nulo. Assim se deve entender, porque o art. 131 do mencionado Código dispõe: "as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários". E o parágrafo único do art. 141 reza que qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito", do que se deduz que é de boa hermenêutica interpretar o preceito do art. 135 em consonância com o disposto nos arts. 131 e 141. Logo. a falta de assinatura de testemunha em número legal não invalida o documento. Apenas reduz a extensão de seu valor probante. ficando esse valor na dependência de outra prova, de natureza complementar, como a testemunhal." Se, por exemplo, se argúi falsidade da assinatura, o reconhecimento da firma aumenta o valor de prova. sem se excluir nova argúição contra o próprio reconhecimento da firma. Se se argúi que a data foi alterada, a prova testemunhal concernente à data verdadeira pode vir a bastar. Não produz a acão executiva do art. 585. II. 3ª parte. do Código de Processo Civil, o que só concerne à eficácia, porque ação é efeito (cf. Corte de Apelação de São Paulo, 16 de dezembro de 1936, 106/704).

Os serviços prestados pelo mediador podem ser provados por todos os meios, disse a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de setembro de 1944 *(RF* 101/104). Há confusão, no acórdão, entre serviços prestados e contrato de mediação: os serviços prestados provam-se por qualquer meio; o contrato tem de ser provado segundo os arts. 135, 136-141. A prova exclusivamente testemunhal não é de admitir-se se o mediador pretende remuneração que exceda o décuplo dp salário mínimo (Código de 1973. art. 401).

O instrumento particular assinado a rogo pode servir apenas de indício, que a assinatura de duas testemunhas fortaleça. Resta saber-se se, não admitida a prova exclusivamente testemunhal nos atos jurídicos que passem do décuplo do salário mínimo (Código de 1973. art. 401). o instrumento padicular a rogo e as testemunhas podem

bastar à prova. Sim, mas isso não torna documental a prova por instrumento particular a rogo (obscuro o acórdão da

V Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de abril de 1950, *Ai* 94/385. que parece admitir o instrumento particular a rogo como prova documental). A V Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo. a 2 de abril de 1945 *(RT* 156/253) negou qualquer valor ao escrito particular assinado a rogo. A 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a 1ª de setembro de 1948 *(RTJES* III, 233), teve por válido o ato jurídico se há reconhecimento, judicial **OLI** extrajudicíal, pelo que se obrigou. ou confissão (cl. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 6 de dezembro de 1949. *RF* 130/410). Alguns acórdãos negam qualquer valor probante, portanto também o de prova indiciária, ao escrito assinado a rogo (4" Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo,27 de setembro de 1939, *RT* 124/120; 2ª Câmara 26 de outubro de 1943, 149/632. mas a 28 de março de 1944. 150/ 641, admitiu que algum valor probatório tivesse se afirmado pelo que assinou a rogo).

O art. 1.650 enumera as pessoas que não podem servir de testemunhas em testamentos. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de janeiro de 1950 *(RF* 132/119), entendeu que a proibição de servir como testemunha em testamento não abrange a assinatura a rogo. Tal decisão violou a lei, lei expressa e explícita.

O que precisa de que por si outrem assine a rogo somente pode testar por instrumento público ou por testamento cerrado; exatamente o art. 1.633. referente ao testamento público, diz que, "se o testador não souber, ou não puder assinar, o oficial assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias", e o art. 1.638, X, insiste que. "não sabendo, ou não podendo o testador assinar, assine por ele uma das testemunhas". A assinatura do testador no testamento cerrado e no ato de aprovação é sempre por ele (art. 1.638, II); nunca, a rogo. O que pode ser a rogo é a escri *tura* por outrem (art. 1.638, 1). inclusive pelo oficial (art. 1.639).

3.

Poder de *disposição* e *administração livre dos bens.* Os absolutamente incapazes não podem praticar qualquer ato jurídico licito, de modo que poderia parecer que a referência do art. 135 à disposição e livre administração dos bens se refere aos relativamente incapazes. Tal

interpretação é de repelir-se. Se o ato, de si mesmo, não exige instrumento público, o relativamente incapaz pode fazer instrumento particular. A assistência do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador, pode constar do próprio instrumento, ou de outro instrumento, público ou privado.

4. Firmas reconhecidas. O reconhecimento das firmas dos instrumentos particulares apenas afirma que as assinaturas são das pessoas a quem se atribuem. Nada obsta a que se reconheça firma de documento em branco, no todo ou em parte, desde que o oficial público diga: "reconheço a firma de A, lançada em papel em branco", ou "reconheço a firma de A, que lançou em papel em parte escrito, ou que foi escrito, em parte, depois do lançamento da firma". O reconhecimento da letra e firma apenas se refere aos sinais alfabéticos e outros sinais como os algarismos, que no documento esteja, e à firma, sem se aludir ao que com eles se diz.

Algumas vezes as leis exigem ao ato jurídico o reconhecimento da firma (e.g., art. 1.289, § 3ª), como elemento para certa eficácia.

5. *Eficácia quanto a terceiros.* Quaisquer efeitos do ato jurídico, inclusive o da transferência de direito, só se iniciam, como constituídos, a respeito de terceiros, com o registro que caiba na espécie. Todavia, pode dar-se que o terceiro seja notificado, ou que se dê como ciente da transferência (arts. 1.067, 1.069 e 1.078).

Entenda-se o mesmo quanto a quaisquer outros efeitos.

Para o registro dos atos jurídicos escritos e assinados pela pessoa, ou apenas assinados, com duas testemunhas, é preciso que as firmas estejam reconhecidas e, se estão apenas assinados pelo agente e duas testemunhas, que as folhas estejam rubricadas. Se há mais de um signatário, todos têm de rubricá-las. O

Decreto nº 3.510, de 31 de julho de 1918, art. 1ª, que falou do registro, não aludiu aos atos jurídicos escritos a mão pelo signatário ou por um dos signatários, mas só o não fez porque o fim da lei foi abrir o registro aos escritos à máquina ou impressos. O Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 137, estabeleceu: "Os elementos fotostáticos só farão prova em juízo, quando acompanhados

de certidão da transcrição do original no registro de títulos e documentos." A regra jurídica tinha de ser entendida em termos: os documentos fotostáticos, cujo original se perdeu, ou foi destruido, antes de se registrar no registro de títulos e documentos, se, por si sós, não provavam, nem tinham efeitos contra terceiros, eram elementos de prova para apreciação do juiz, tanto mais quanto a prova do instrumento particular se pode suprir por outras novas (art.

135, parágrafo único).

A 22 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de março de 1950 *(RF* 131/127), disse que. para valer contra terceiros (leiase: para ter eficácia contra terceiros), o instrumento particular há de ser transcrito no registro público. Meses antes (a 29 de novembro de 1949. 132/432), havia decidido que, sendo comercial o contrato por instrumento particular, não está sujeito a registro para valer contra terceiros (leia-se: para ter efeitos contra terceiros). A legislação sobre eficácia quanto a terceiros de modo nenhum distinguiu atos jurídicos de direito civil e atos jurídicos de direito comercial. Também a S~ Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 8 de abril de 1946 *(RCJB* 74/205), entendeu prescindível o registro, para valer contra terceiros, se comercial o ato jurídico; e pretendeu dar a razão: quando pelo menos um dos contraentes é comerciante, o contrato deve ser referido em seus livros, e a qualquer interessado será permitido requerer o exame para essa verificação" (idem, 32 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo.

6 de junho de 1940, *RT* 134/85, e 42 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1947, 168/

588: contra, a mesma 82 Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 12 de junho de 1949, *Ai* 94/116). A 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de fevereiro de 1949 *(RT* 179/283) seguiu a interpretação verdadeira: "A norma do art. 135 do Código Civil aplica-se aos atos jurídicos em geral. E certo que podia valer-se de sua qualidade de comerciante para demonstrar por outra forma o seu direito. O que não lhe é lícito é pretender opor o contrato, com aqueles defeitos e desacompanhado de quaisquer elementos de convicção, a terceiros estranhos à avença. A admitir-se tal injustificado privilégio para os comer ciantes, não haveria penhora que resistisse à fraude. Bastaria a conivência de qualquer comerciante para que tivesse de ser levantada, mediante a apresentação de contrato de compra-e-venda dos bens penhorados, antecedendo, e sem os requisitos exigidos pelo art. 135 do Código Civil, para produzir

efeitos contra terceiros" (cf. *RT*

87/580, e 92/380). Com toda a razao.

Em grande parte, a discussão em torno de ser necessário, ou não, para efeitos contra terceiro, o registro do instrumento par ticular, provêm da expressão infeliz, por inadequada. *valer* contra terceiros, que a pouca dose de cultura jurídica semeia em livros e acórdãos, confundindo validade e eficácia. O Código Civil, art.

135, *22* parte, falou de "efeitos" a respeito de terceiros: o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art.

136, de „valerem contra terceiros", mas é de efeitos, e não de validade, que se trata. O instrumento particular, se a lei não exigiu escritura pública, ou algum requisito formal especial, vale; o que ele não tem, respeito a terceiros, é eficácia para se fazer imune a alegaçóes de fraude. É preciso atentar-se na função dos registros públicos, quanto a *algo* que eles adicionam, no plano da eficácia. O registro de imóveis confere eficácia a respeito de terceiros, frente aos quais fica o ato de direito público, que é o registro, e não só o ato jurídico registrado, e a eficácia real. O registro de títulos e documentos somente confere aquela eficácia a respeito de terceiros (cp., e.g., Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 129, 1fr-"P) Essa eficácia, sem o registro, não a têm atos jurídicos de direito civil e atos jurídicos de direito comercial.

A função principal do registro de títulos e documentos éexatamente o de publicidade, isto é, de ter eficácia *erga omnes* a respeito de terceiros). Dizer-se que só tem por fim fixar a data é não se ver que a data do registro apenas tem relevância para se determinar de quando comecam os efeitos a respeito de terceiros.

Nada mais infantil, denunciando escassa cultura jurídica. do que enunciar-se que o registro somente fixa a data. O que importa é o registro. o que importa, mais precisamente, são os efeitos do registro; a data é apenas o momento em que esses efeitos se iniciam.

Um dos efeitos do registro de títulos e documentos é conservar a prova da existência material (2ã Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de outubro de 1948, *RT* 186/638) do título registrado, ou do documento registrado, com as mais indicacões existenciais (e.g., estarem as firmas reconhecidas, constarem as assinaturas de duas testemunhas). Não se

diz que as firmas são dos figurantes, nem das testemunhas, se as há, nem, sequer, que o reconhecimento de firma é autêntico. Claro que se no próprio reconhecimento da firma se diz que foi por semelhança, não há pensar em ser elemento de prova como seria o reconhecimento da firma sem essa restrição (12 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de novembro de 1944, 154/759).

O registro pode ser feito se o instrumento particular foi apenas assinado pelos figurantes, isto é, sem testemunhas. O contrário afirmou Eduardo Espínola *(Manual,* III, Parte **3º,** 244); mas sem razao. A verdadeira interpretação do art. 135 é a seguinte: se o instrumento particular for assinado pelos figurantes, ou pelo figurante (pode não se tratar de contrato bilateral, nem, sequer, de contrato), subscrito por duas testemunhas, *prova* a obrigação convencional de qualquer valor; mas, ainda que tal se dê, a eficácia contra terceiros depende do registro. *A fortiori.* se não há as duas testemunhas: o ato jurídico está instrumentado, porém a eficácia contra terceiros depende do registro.

Para ter efeitos contra terceiros é de mister o registro. Mas há outros meios de haver tal eficácia sem o registro; e.g., a notificação ao terceiro, a juntada a autos quando o terceiro tenha ou deva ter ciência do que foi junto, o ter-se dado por ciente o terceiro. São os outros "meios de direito" a que se referiu a 22 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 4 de outubro de 1935 *(RT* 107/512).

6. *Texto do* instrumento *particular* Todo o instrumento particular pode ser redigido em língua portuguesa, ou em língua estrangeira. Não é necessário que a pessoa escreva o texto. Nada obsta a que um dos figurantes o escreva ou todos assinem, nem se pré-exclui o uso de instrumentos mecânicos, ou fotográficos. O testamento tem suas regras próprias. A exigência das duas testemunhas não se entende com os comerciantes, porque, a respeito desses, há regra do art. 22 do Código Comercia]: "Os escritos de obrigações relativas a transações mercantis, para as quais se não exija por este Código prova de escritura pública, sendo assinados por comerciantes, terão inteira fé contra quem os houver assinado, seja qual for o seu valor (art. 426)." No art.

135 do Código Civil não se falou de ser subscrito o instrumento particular, de modo que há exigência de ser assinado, depois do contexto, porém não há de ser embaixo a assinatura. As testemunhas sim, é que têm de subscrever, isto é, de assinarem em baixo da assinatura do figurante, ou dos figurantes. Dai resulta que, cheia toda

a última página do instrumento particular, podem os figurantes. ou pode o figurante, não querendo acrescentar outra página, continuar na margem, ou usar de alguma expressão que torne fora de dúvida ir-se continuar à margem. Então, figurante ou figurantes assinam, sendo seguidos pelas testemunhas.

Se na mesma página, após as assinaturas, há aumento, com a mesma data, ou posterior, há de ser assinado pelo figurante, ou pelos figurantes, e pelas testemunhas. Tal aumento ou acréscimo ou tem por fito servir à interpretação do instrumento particular, ou é pacto adjecto.

O art. 135 não falou em data, ou lugar. O desinteresse do legislador brasileiro por essas indicações levou a não cogitar de tempo e lugar ainda a respeito de testamentos particulares. De ordinário, os que praticam atos jurídicos indicam lugar e tempo em que os instrumentam. Outra questão é a do dever de declarar lugar e tempo. Certamente quem está à espera do documento de outrem, ou que vai tomar parte no mesmo ato jurídico, pode exigir que se date e indique o lugar, o que normalmente se faz pondo-se primeiro o lugar e depois a data. Se bem que a lei não fale do lugar e de tempo, aquele que tem interesse ligado ao instrumento particular pode exigir que o figurante ou os figurantes ponham lugar e data. Se o instrumento particular tem lugar e data, ou são eles verdadeiros, ou não no são: *a)* Se o lugar que dele consta não é aquele em que se praticou o ato jurídico, nem o em que se lhe deu forma, é sempre possível alegar-se e provar-se o lugar verdadeiro, o que pode ter conseqüências assaz relevantes quanto ao direito internacional privado, aos usos locais: como. para inteligência do contexto no que se refere ao lugar da execução, se é aquele em que em verdade se deu forma ao ato jurídico; *b)* se a data é anterior àquela em que se fez o instrumento particular, houve antedata, e nada obsta a que se dê a prova do tempo em que o instrumento particular foi feito; c) se a data éposterior àquele momento em que se fez o instrumento particular, há pós-data, e nada obsta a que se prove a data anterior, em que verdadeiramente se fez. Os figurantes podem estabelecer, na linha do tempo, desde quando hão de começar efeitos dos atos jurídicos, salvo se há lei que lhes vede a retroeficácia.

Certamente, com a indicação de data falsa, não é possível ofenderem-se direitos e interesses de terceiros, para os quais o mundo jurídico já é tal qual e, nem se pode, por meio de ato jurídico válido, ratificar-se ato jurídico nulo, nem se celebrar casamento, com efeitos a começarem de data anterior àquela em que se celebrou, nem se pode

transferir posse, estabelecendo-se que a posse começara antes, porque, então, não se trataria de transferência, mas de reconhecimento da posse alheia. Em casos excepcionais, pode ser empregada a pós-data, para os efeitos da contagem dos juros: se A empresta cem mil reais a B, porém não quer cobrar juros no primeiro ano, pode datar do ano próximo o instrumento particular. A antedata, para efeitos de pagamentos de juros. tem de ser tal que não constitua fraude à lei sobre usura.

Na manifestação de vontade têm-se de distinguir o texto e a assinatura. Com a assinatura, o manifestante —

assim de vontade como de conhecimento, ou de sentimento afirma que foi ele *quem* manifestou, de modo que para se negar que se haja feito tal afirmação é preciso que se alegue que a assinatura não foi feita pelo que se aponta como signatário, ou que, sem fato seu, não foi ele que encheu com o texto o documento. Aqui surge a questão dos documentos em branco, que se rege por princípios de tutela dos interesses do tráfico, dignos, de estudo. Quem, sem ler, assina, é como se tivesse lido. Quem escreveu e não assinou, por mais claro que houvesse sido nas suas proposições, não manifestou vontade. Pode tal documento provar a vontade que *tinha,* porém tal vontade, a despeito da grafia, não entrou no mundo jurídico como vontade manifestada.

Quem encarrega terceiro de encher o documento assinado, ainda que a máquina. é como se o houvesse escrito, ou datilografado. Não raro, o manifestante da vontade deixa a outrem encher o titulo com o nome do credor, ou do portador, ou do cessionário, ou do endossatário. Outorgou poder para isso, ou fez da pessoa, que enche, núncio ou serviçal. Não se exige mandato, O próprio portador pode encher o titulo, se. na espécie, a lei não o proibe. Quem enche com o seu nome o titulo de cessão, aceitou a oferta; quem enche com o seu nome o contrato de locação, redigido em termos de manifestação definitiva do locador ou do locatário, aceitou a oferta; se é de se afastar que se haja permitido tal forma formalmente unilateral do negócio jurídico bilateral. o enchimento é apenas *direçâo* da vontade do manifestante (e.g., cedente, locador, locatário). Se é de supor-se que a assinatura ou a inserção do nome do outro figurante bastaria. o título, ainda entre ausentes, é num só papel: a aceitação dá-se com a assinatura, ou inserção, porque se dispensou a recepticiedade da aceitação. De ordinário, tal título fica com o aceitante (e.g., locatário); mas é possível que se remeta para se encher e voltar, espécie em que não se entende, ainda na dúvida eliminada a dispensa de recepticiedade.

Cumpre que não se confunda o que enche o título como representante, ou instrt.tmento do manifestante, e o que enche o título como outro manifestante. Quem enche o titulo a que falta o nome do figurante, sem ser como figurante, é terceiro, apenas escreve o nome de outrem; quem enche o titulo com o seu próprio nome, ou o faz como representante, ou como núncio, ou como figurante. Na última espécie, o seu ato é de manifestação de vontade própria, — recebe, aceita. O que assina ou insere o próprio nome, como figurante, faz manifestação de vontade sua o que o primeiro manifestante escrevera, datilografara, ou imprimira.

Antes de cheio, ao documento em branco falta algo, o que lhe restringe a eficácia. Não se diga que ainda não tem qualquer eficácia, ou que a pessoa, que o poderia encher e ainda não o encheu, ainda não é credor. Tal afirmação, errónea, de A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* II, 415), provém de confusão entre plano de existência e plano de eficácia: na espécie, se. por exemplo, falta o quanto, só esse elemento está *indeterminado,* embora a cada momento possa ser determinado. Quem manifesta a vontade por simples assinatura, ou inserção de nome, pode alegar anulabilidade como se tivesse concebido por si o texto: bem assim o que se precipitou, assinando em branco, mas — aqui — é inelidivel que a outorga de poder de encher ou a confiança no núncio exclui que se oponham aos que trataram com ele as instrucões não conhecidas.

7. Textos e assinaturas: *ordem* no tempo. Se é certo que. no espaço, a lei impõe que se assine o que foi declarado, nada impôs quanto a sucessão, no tempo, do texto e das assinaturas. Em conseqüência, ou primeiro se redige o texto e depois se assina, ou antes se assina e depois se redige o texto, ou, depois de se haver assinado, se completa ou se altera o texto. Tais circunstâncias podem diminuir a eficácia probatória do instrumento particular, porém não constituem causa de nulidade. Nada obsta a que se assine em branco e se deixe a outrem encher a página assinada. Pode-se mesmo assinar em branco a última página e rubricar as páginas anteriores. Tudo depende da *autorizaçâo* que se deu a outra pessoa. As leis mesmas tiveram de tratar, em particular, de certos atos jurídicos em branco, como a emissão em branco de titulo cambiário, o endosso em branco e o aval em branco. Nada obsta a que a fiança seja em branco.

§ 340. Forma e pluralidade de atos jurídicos

1. Forma e *ato jurídico.* Todo ato jurídico tem a sua forma. Nada obsta, porém, a que a dois ou mais atos jurídicos corresponda a mesma forma, tal como se A dá carta de fiança pelas locações de dois prédios à mesma, ou a duas ou mais pessoas, ou se A vende e toma de aluguel o prédio vendido, ou se no testamento A insere reconhecimento de filho (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. art. 26), ou de dívida. Também pode ocorrer que duas ou mais pessoas pelo mesmo instrumento pratiquem atos jurídicos da mesma natureza, ou de natureza diferente, como se A e B vendem, respectivamente, pela mesma escritura a C (ou a C e D) as partes ideais que têm no prédio, ou se A vende e 8 renuncia ao direito de opção quanto ao prédio. No direito brasileiro, o testamento conjuntivo é proibido (art. 1.630). O mesmo instrumento particular pode conter dois ou mais atos jurídicos, ou porque o figurante ou os figurantes sejam agentes em dois ou mais atos diferentes (e.g., venda e locação da coisa vendida), ou porque duas ou mais pessoas declarem a vontade, o conhecimento ou o sentimento no mesmo instrumento, tal como se uma aluga a casa e outra presta fiança ou se uma vende o prédio e outra dá quitação da hipoteca. Porém aqui, em todos os casos, há um só instrumento e pluralidade de atos jurídicos, o que se caracteriza pela aposição das assinaturas no fim. Diferente é o que se passa quando na mesma folha de papel se lançam dois ou mais atos jurídicos, tal como se no começo da página foi instrumentada a locação do imóvel, com as assinaturas, e depois se instrumenta a fiança, assinando o fiador. A relação entre tais atos jurídicos é apenas exterior, devida à unidade material da folha de papel, unidade que pode desaparecer, cortando-se a folha entre eles. No exemplo que demos há relação entre os dois atos jurídicos, a locação e a fiança, porém tal relação pode não existir, como se o primeiro ato jurídico é de locação e o segundo de venda dos móveis pelo locatário anterior. Muitas vezes a relação causal impede que se possa cortar, sem prejuízo para os atos, ou para algum dos atos, a folha de papel, porque as declarações de um ato jurídico se integram com as declarações feitas para o outro. Por exemplo, depois de ser lançado o contrato de locação, alguém acrescenta: responsabilizo-me como fiador pelo pagamento dos aluguéis.

Às vezes é a própria lei que exige o mesmo papel para muitas declarações, de que resultam atos jurídicos distintos. E o caso das declarações cambiárias e cambiariformes, que devem constar do próprio título, a despeito de serem autônomas. Estudamos no *Tratado de Direito Cambiário* o postulado de tal inser-cão necessária nos títulos cambiários e cambiariformes.

2.

Invalidade e *validade; revogação.* Se a forma basta a um ou a alguns atos jurídicos, e não a outro ou outros, a nulidade de um ou de alguns não se contagia ao outro ou outros. Se no testamento público se incluiu reconhecimento de filho, ou outro ato jurídico, que não se possa revogar, a revogação do testamento não o alcança.

3. Negócios *jurídicos integrantes de* negócios jurídicos. Quando a forma escrita é exigida para o contrato bilateral, tem de ser observada pelo mesmo instrumento, ou instrumentos separados. No mesmo instrumento, ou se mencionam, separadamente. a oferta e aceitação: „declaro que fiz a oferta tal a B. e B a aceitou".

firmando A e ou se redige de modo que se dê o resultado do acordo: „A e B declaramos ter acordado na venda e compra tal", firmando A e B. Se A envia a 8 oferta assinada e 8 escreve no mesmo papel, embaixo da oferta recebida. De acordo, B", não há unidade de forma, mas sim dois documentos no mesmo papel. O

fato de ser o mesmo documento não implica que o tempo e o lugar tenham de ser os mesmos: se A escreveu que haviam acordado A e B na venda e compra e assinou, com as duas testemunhas, remetendo o papel a B, pode 8 assinar, com indicação de outro lugar e tempo. ou sem essas indicações, mas em verdade noutro lugar e noutra data, desde que ponha outras testemunhas, ou as mesmas. Tratando-se de instrumentos particulares de comerciantes, não é preciso que haja as duas testemunhas em qualquer das hipóteses. Sempre se há de entender ainda quando só se fale do resultado do consenso, que oferente foi o que primeiro assinou e aceitante o que assinou depois, salvo se há no contexto qualquer indicação diferente. Se o que assinou depois recebeu duas vias, é de entender-se que fica com uma das vias e remete a outra ao ofertante: também tem de restituir se só recebeu uma, salvo se houve acordo de ficar com o aceitante o instrumento, devendo apenas comunicar ao oferente que o assinou. De regra, para aceitação basta aposição da assinatura, seguida das duas testemunhas, se a espécie não é regida pelo art. 22 do Código Comercial. No caso de duas ou mais vias, todas têm o mesmo valor, sem que se deva distinguir original ou cópia. Para que se trate de cópia. é preciso que haja indicação de que a via ou as vias anteriores foram originais. Qualquer pacto anexo, que atinja o ato jurídico, o atinge em todas as vias e cópias.

As duas declarações de vontade, a oferta e a aceitação, podem ser em instrumentos particulares distintos, que os figurantes trocam: o oferente recebe o instrumento de aceitação e o aceitante o instrumento da oferta. Mas é preciso que haja ligação entre os dois atos jurídicos integrativos. Não basta, por exemplo. que A receba oferta de B igual a oferta que fizera a B, assunto já antes estudado,

4. *Transmissão telegráfica.* O telegrama, a exemplo do radiograma ou qualquer outro meio de transmissão, é como o instrumento escrito por outrem e assinado. Terá a mesma eficácia probante do documento particular se foi assinado pelo remetente o original constante da estação expedidora. Se os telégrafos são do Estado. ou se o não são. destinatário e transmitente são legitimados àobtenção de certidões ou cópias: idem, o que tenha interesse na prova de algum ato e teria direito à obtenção de certidões ou cópias de algum ato público, ou particular. A mesma legitimação têm eles para a exibição do original.

5.

Forma e *recepticiedade.* Se a declaração é receptícia, a declaração precisa chegar a outra pessoa, que a receba, porém o instrumento público já está perfeito, antes disso. A prova da chegada tem de ser feita de outra maneira, salvo se esteve presente e assinou o instrumento público, o que é permitido, com a declaração de conhecer o conteúdo. De ordinário, a recepção dá-se mediante remessa do traslado, ou de certidão de inteiro teor. Dá-se o mesmo com os negócios jurídicos bilaterais em que se faz oferta por instrumento público (e.g., oferta-se comprar a casa a 8), mas, aí, se a forma pública é exigida, como ocorre com os contratos de venda e compra de imóveis, a aceitação tem de ser feita em outra escritura pública, ainda que noutro Estado, Estado Federado, Território ou Município. O mais frequente é a escritura pública única em que figurem todos os interessados (e.g., vendedor, comprador). A remessa da oferta por escritura pública é fato estranho á escritura pública de oferta e incumbe prová-lo a quem o alega. São as escrituras *simultâneas,* que de regra poderiam não no ser. Se tem de estar presente o juiz, é exigência a mais, como acontece com o casamento (arts. 193-201). Sobre o casamento religioso, Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, arts. 1P~6o.

Se foram separadas, embora não no tempo, escritura pública de oferta

e escritura pública de aceitacão, há as chamadas escrituras públicas sucessivas: a sucessão é lógica, porque nada obsta a que em dois cartórios, ou no mesmo cartório, se façam ao mesmo tempo as duas escrituras públicas, entendendo-se que foi logicamente posterior a aceitação, uma vez que à oferta só se dá toda a eficácia com a aceitação, e a aceitação não é negócio jurídico receptício, salvo se houve a estipulação do art. 1.086, II. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, é nova oferta, salvo estipulação em contrário (art.

1.083).

6.

Pluralidade sucessiva de formas. Se, após empregarem instrumento particular, ou forma oral, ou por atos, os figurantes dão forma pública ao ato jurídico, ou se, tendo oralmente, ou por atos, concluído o negócio jurídico, empregam forma escrita, entende-se que quiseram fosse única a última forma adotada, ainda que ressalte a reprodução. Dá-se o mesmo quanto aos atos jurídicos unilaterais. A prova contrária é de admitir-se.

7. Pactos adjectos. Os pactos adjectos, que alteram direitos. deveres, pretensões, obrigações ou ações dos figurantes do negócio jurídico, somente têm validade se se observou a forma especial exigida ao negócio jurídico. O chamado pacto de *simulação.* pelo qual o figurante reconhece que apenas se simulou, tem de ter a mesma forma que o negócio jurídico simulado, se era exigida (sem que com isso se pré-exclua aos figurantes a ação declaratória da simulação absoluta ou não). Bem assim, os pactos adjectos que ampliem o objeto. ou as qualidades essenciais desse, ou as pessoas. Se o pacto adjecto foi previsto no negócio jurídico e pode outro ser feito, o ser nulo não atinge o negócio jurídico; *aliter,* se já não poderia ser feito. Se o pacto adjecto não fora previsto, não há pensar-se em contagiação da sua nulidade. Se o ato jurídico exigia forma especial, o pacto adjecto, que lhe aponha condição. ou termo, redução ou aumento do objeto, tem de ser na forma especial. Se o ato jurídico não exigia forma especial, o pacto adjecto pode ser nas formas que o ato jurídico poderia ter tido. Se o pacto adjecto posterior é quanto ao que tem de ser pago, sem ter a forma exigida, cumpre distinguir o pacto adjecto que altera o contrato e o pacto adjecto somente sobre pagamento: se foi aumentado o quanto, o devedor tem de pagar o que pelo negócio

jurídico formal devia, para evitar a resolução por inadimplemento, *mais* o aumento; o credor não pode pretender resolução, se o devedor somente paga o que pelo negócio jurídico formal teria de pagar, mas pode cobrar o resto, se a forma do pacto adjecto basta à prova da divida. Se o pacto adjecto diminuiu o quanto devido e o devedor presta o que foi fixado no pacto adjecto, não há pensar-se em resolução por inadimplemento. O assunto é da máxima importância em matéria de venda e compra de imóveis. Se o pacto adjecto, não-formal, é quanto ao objeto, à coisa, e.g., o imóvel *a,* em vez do imóvel *b,* o pacto adjecto não-formal deixa incólume o negócio jurídico, e é de repelir-se a solução de A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* II, 511), segundo a qual o vendedor tem a alternativa quanto a prestar o imóvel *a,* ou o imóvel *b:* o vendedor tem de prestar o que, por instrumento público, vendeu, mas pode cobrar — no plano do direito das obrigações — as perdas e danos pela exigência do comprador contra o que pactuara. Se a venda e compra foi de entrega do imóvel imediatamente, ou antes da data do pagamento, o pacto adjecto, não-formal, que dilate o prazo para pagar é de ser observado pelo vendedor. Se ambos os figurantes têm prazo para a prestação, o acordo não-formal somente relativo ao prazo para a prestação do preço é de admitir-se, — não o relativo à entrega do imóvel.

8.

Atos jurídicos *unilaterais.* O ato jurídico unilateral em que se tem por fito atingir negócio jurídico formal pode ser não-formal. como a revogação do testamento particular, a ratificação do ato juridico anulável, a renúncia às exceções ou ao benefício de excussao (art. 1.491). Mas a renúncia a direitos que se originam de atos jurídicos formais (e.g., renúncia à reivindicação do imóvel, renuncia ao registro da escritura pública de aquisição de imóvel), exige, em principio, a forma especial.

§ 341. Escritos e voz em língua estrangeira

1.

Conteúdo do art. *140 do Código Civil.* Quaisquer escritos, quer se trate

de traslados, certidões, públicas-formas, ou qualquer que seja o nome que se dê a cópias autenticadas dos livros dos oficiais públicos, quer de instrumentos particulares, ou documentos, ou cartas, bilhetes, recortes de jornais ou outros escritos, que se *refiram a obrigações,* têm de ser traduzidos em português, para que sejam utilizados em juízo ou fora de juízo. Se bem que o Projeto primitivo (art. 88) só se referisse à exeqúibilidade forçada, o art.

140 do Código Civil pôs em toda a sua generalidade a regra jurídica, aí de direito material; de modn que a aceitação, feita no Brasil, dentro do prazo da oferta. em língua estrangeira, somente se leva em conta, como prova, se o aceitante costumava comunicar-se em outra língua, ou se esse é o uso quanto ao negócio jurídico de que se trata. Diz o art. 140: "Os escritos de obrigação redigidos em língua estrangeira serão, para ter efeitos legais. no país, vertidos em português." No Código Comercial, o art. 125 e de direito processual: "São inadmissíveis nos juízos do comércio quaisquer escritos comerciais de obrigações contraídas em território brasileiro que não forem exarados no idioma do império, salvo sendo estrangeiros todos os contraentes, e neste caso deverão ser apresentados competentemente traduzidos na língua nacional." No art. 16 previu-se que negociantes estrangeiros usem de outra língua que a portuguesa: „Os mesmos livros, para serem admitidos em juízo, deverão achar-se escritos no idioma do pais; se por serem de negociantes estrangeiros estiverem em diversa língua. serão primeiro traduzidos na parte relativa à questão, por intérprete juramentado, que deverá ser nomeado a aprazimento de ambas as partes. não o havendo público, ficando a estas o direito de contestar a tradução de menos exata. No art. 62 falou-se da tradução de manifestos e documentos que os mestres de embarcações estrangeiras tenham de apresentar para despacho nas Al-fândegas (cl. Código Comercial, art. 63; Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850. arts. 147-151: Decreto n0

863, de 17 de novembro de 1851. arts. 15-18). No Código de Processo Civil de 1939. o art. 228 estatuiu:

"Não serão admitidos em juízo documentos escritos em língua estrangeira. salvo se acompanhados de tradução oficial." E no Código de Processo Civil de 1973 o art. 156 regra que é obrigatório o uso do vernáculo em todos os atos e termos do processo. ao passo que no art. 157 se enuncia que só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado" (cf.. também, Lei nº 6.015. de 31 de dezembro de 1973, art. 148). A regra jurídica também incide em caso de gravação em discos. ou de filmes.

2.

Suporte *jático do ato* jurídico e *prova.* Primeiramente, interpretação do art. 156 do Código Comercial que não atendesse àsuperveniência do art. 140 do Código Civil, nem ao que estatui o art. 156 do Código de Processo Civil, criaria divergência entre o direito civil e o direito comercial. Havemos de entender que o art.

125 do Código Comercial. tendo sido regra de direito processual heterotópica, fora derrogada já pelo art. 228

do Código de Processo Civil de 1939. O art. 140 do Código Civil só se refere a prova. Nada obsta a que se componha o suporte fático do ato jurídico com o escrito em língua estrangeira. salvo se o negócio jurídico, ou. em geral, os atos jurídicos *stnicto* sensu são de natureza tal que faça fora dos usos civis, ou comerciais, o emprego de outra língua que a portuguesa. A denúncia da locação, redigida em língua estrangeira, que nao foi a empregada para o contrato de locação, é ineficaz, se o denunciado não anuiu em que a denúncia se fizesse noutra língua que a portuguesa. Não assim a aceitação. em língua estrangeira, de compra de produtos estrangeiros, se a oferta, escrita em português, permitiu, explícita ou implicitamente, que a aceitação fosse noutra língua. O que mais importa, em tais matérias, é o uso do tráfico. No plano processual, nenhum documento é admitido nos autos, sem que o acompanhe a versão em vernáculo, por tradutor juramentado. O

ofício de tradutor público, como de intérprete comercial, é pessoal e não admite delegação. Se delegação houve, a tradução ou o ato do intérprete é nulo, salvo se, no caso único e comprovado de moléstia adquirida depois da nomeação, o tradutor indicou preposto para exercer as funções, durante licença (Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943. art. 14). No Decreto nº‟ 13.609. art. 18. que abrange mais do que o direito processual civil, disse-se: “Nenhum livro. documento ou papel de qualquer natureza cwe for exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União, dos Estados ou dos municípios, em qualquer instância, juízo ou Tribunal ou entidades mantidas. fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade deste regulamento”. O

parágrafo único explicitou: “Estas disposições compreendem também os serventuários de notas e os cartórios de registro de títulos e

documentos que não poderão registrar, passar certidões ou públicas-formas de documentos no todo ou em parte redigidos em língua estrangeira". Insistiu-se no art. 19: "A exceção das traduções feitas por corretores de navios dos manifestos e documentos que as embarcações estrangeiras tiverem de apresentar para despacho nas Alfândegas e daquelas, feitas por ocupantes de cargos públicos e tradutores ou intérpretes, em razão de suas funções, nenhuma outra terá fé pública se não for feita por qualquer dos tradutores públicos e intérpretes comerciais nomeados de acordo com o presente regulamento".

„Somente na falta ou impedimento de todos estes e de seus prepostos , acrescentou o parágrafo único do art.

19. „poderá o juiz ou a repartição encarregada do registro do comércio nomear tradutores e intérpretes *ad hoc.* Estes, em seguida ao despacho e no mesmo papel, prestarão o compromisso legal, lavrando aí o seu ato."

3.

Exatidão da tradução. As traduções contêm enunciado de fato, que se resume em proposição inicial, explícita ou implícita: „O documento, que me foi apresentado (ou que examino), diz, em língua portuguesa, o seguinte: A inexatidão pode ser argúida pelo interessado, ou declarada, de oficio, pelo juiz, ou pela autoridade administrativa, que tenha função de apreciar o documento. Daí dizer o Decreto nº 13.609, no art. 21:

"Qualquer autoridade judiciária ou administrativa poderá, ex *officio* ou a requerimento de parte interessada, impugnar a falta de exatidão de qualquer tradução." No art. 22, o Decreto nº 13.609 contém regras de direito processual civil e administrativo: *a)* Quando alguma tradução for argí.íida de inexata, com fundamentos plausíveis e que possam acarretar efetivo dano às partes, a autoridade que dela deve tomar conhecimento, sendo judiciária, ordenará o exame que será feito em sua presença. Se a autoridade for administrativa, requisitará o exame com exibição do original e tradução, à Junta Comercial ou órgão correspondente, sendo notificado o tradutor para a ele assistir, querendo. *b)* Esse exame será feito por duas pessoas idôneas, de preferência professores do idioma e na falta destes por dois tradutores legalmente habilitados, versando exclusivamente sobre a parte impugnada da tradução (§ 1ª). c) O resultado do exame não será mais objeto de controvérsia e a tradução, assim sustentada ou reformada,

terá inteira fé, sem mais admitir-se discussão ou emenda (§ 2ª). *d)* Se do exame só se concluir falta de exação da tradução como objeto científico, a nenhuma pena fica sujeita o tradutor; se dele se concluir erro de que resulte efetivo dano ás partes, será o tradutor obrigado a indenizá-las dos prejuízos que daí lhes provierem e em juízo competente; porém, se se provar dolo ou falsidade na tradução, além das penas em que o tradutor incorrer na legislação criminal e que lhe serão impostas no competente juízo, será condenado pela repartição a que estiver subordinado, ex officio ou a requerimento dos interessados, às penas de suspensão, multa e demissão, referidas no art. 24 deste regulamento (§ 39). No art. 23 do Decreto nº 13.609, estatuiu-se: "Não poderão os tradutores públicos e intérpretes comerciais, sem causa justificada e sob pena de suspensão, se recusar aos exames ou diligências judiciais ou administrativas para que tenham sido competentemente intimados, não lhes sendo igualmente permitido recusar qualquer tradução desde que esta se apresente no idioma em que estejam legalmente habilitados." O art. 18 do Decreto nº 13.609, combinado com o art. 19, parágrafo único, exclui a nomeação do intérprete juramentado a que se referia o art. 16 do Código Comercial.

§ 342. Forma voluntária

1.

Conceito e determinação. Diz-se voluntária a forma quando foi exigida por negócio jurídico unilateral ou bilateral. E principio geral de direito que se pode estabelecer determinada forma para ato jurídico a ser feito ou para atos jurídicos a serem feitos, de modo que da falta de observância resulte a ineficácia, ou a nulidade, ou apenas para que se previnam os figurantes com o fito de melhor segurança da prova. A técnica legislativa tem três atitudes, dentre as quais pode escolher a que melhor lhe pareça: adotar a sanção da ineficácia da determinação privada de forma, para que possa quem o exigiu atribuir-lhe, ou não, eficácia; adotar a sanção de nulidade, naturalmente com caráter de regra jurídica dispositiva; entender que toda determinação foi apenas com intuito de segurança da prova de convenção futura. O princípio geral existe no sistema jurídico brasileiro. Qualquer pessoa pode exigir que todos ou alguns negócios jurídicos, em que figure, observem forma especial (escritura pública, forma escrita). Nada se disse, porém, quanto à sanção, exceto quando se trate da cláusula de não valer sem

instrumento público (art. 133).

2.

Meios de determinação. A forma voluntária pode ser exigida em negócio jurídico unilateral, ou em negócio jurídico bilateral. *E.g.,* pode ser imposta a escritura pública, a forma escrita, a declaração oral perante testemunhas, o instrumento particular com firmas reconhecidas. A pessoa que arma, diante da porta.

automático, com o qual, ao receber a moeda, presta o saco de confeitos, ou outro objeto, escolheu forma. O

comerciante que exige a assinatura no canhenho de compras exige forma. Quando o locador, no contrato de locação, estabelece que toda denúncia, vazia ou cheia, do contrato, há de ser em forma escrita, exigiu forma.

Em virtude do que se estabeleceu, a declaração oral, em denúncia, é ineficaz, por não ter entrado no mundo jurídico, uma vez que o direito formativo passou a ser exercível tão-somente por escrito. Dá-se o mesmo quanto aos poderes de escolha e de voto, nas relações privadas. A cada momento vemos estatutos de sociedades que inserem a exigência de ser escrito e ostensivo, ou de ser oral. ou de ser escrito e secreto o voto nas assembléias, ou de ser por meio de bolas pretas e brancas. ou de diferentes cores.

A determinação pode ser feita por declaracão unilateral de vontade: o locador pode declarar ao locatário, unilateralmente, que somente deve ser considerada eficaz a denúncia por ele, se constante de instrumento público, que lhe seja remetido, e o locatário que receba denúncia em carta, ou em instrumento particular, assinado, com duas testemunhas e firmas reconhecidas, não pode dar guarida a tal denúncia, porque seria desatender áquilo que lhe foi legitimamente imposto pelo locador. Passa-se o mesmo se é o locatário que faz ao locador tal declaração unilateral de vontade. O outorgarite de procuração pode estabelecer que o procurador somente pode exercer o poder de representação em forma escrita, ou em escritura pública, ou sem uso da forma escrita. O que o procurador fizer sem a observância da restrição ao seu poder de representação não entra no mundo jurídico como ato do outorgante, de modo que se há de tratar como ato do representante sem poder de representação. Qualquer pessoa pode

comunicar a outra que quaisquer entendimentos entre elas, por mais perfeitos que sejam, não se consideram negócios jurídicos antes de serem reduzidas a escrito as ofertas e aceitações. Qualquer um pode restringir a manifestação da própria vontade, ou as enunciações de fato, ou as manifestações de sentimento, bem como cancelar, quando queira, tais restrições à própria liberdade. O que ninguém pode é impor a outrem restrição, no que toca a forma das manifestações de vontade, ou dos enunciados de fatos, ou das manifestações de sentimento; porque, aí, seria invadir a esfera jurídica da outra pessoa. Seria nula (art. 145. JI) qualquer declaração de vontade que.

unilateralmente, restringisse a liberdade de outrem quanto ao manifestar vontade, conhecimento, ou sentimento. Tem-se dito que há exceção: se A faz oferta a B, pode exigir que aceitação só seja em certa forma. Porém não há exceção (sem razão, A. von Tuhr, *Der* Allgemeine *Teu,* II, 528): o que oferta estabelece o que há de ser aceito e o aceitante tem de aceitar a forma, para que a aceitação seja eficaz. (Convém prestar atenção em que, aqui como sempre, estamos a empregar, com toda a precisão, os termos “validade”, “nulidade“, “eficácia”, “ineficácia. “)

Quando A e B acordam em que certo contrato, ou em que certos contratos, ou outros atos jurídicos tenham certa forma, tal acordo sobre forma resulta de duas declarações, que fazem o consenso, convindo não confundir tal acordo com a coincidência de duas declarações unilaterais de vontade, como faz A. von Tuhr *(Der* A/ Igemeine Teil, II, 528), nem considerá-lo pré-contrato. se bem que o acordo se possa inserir em pré-

contrato e sejam possíveis, com toda eficácia, declarações unilaterais de vontade dos figurantes, uns aos outros. Se bem que qualquer declaração unilateral de vontade seja suficiente para impedir a eficácia do que posteriormente se fizer, com infração do exigido (ineficácia pela não entrada do ato no mundo jurídico), não é a mesma coisa que o obstáculo levantado pela declaração unilateral de vontade o obstáculo criado pelo acordo, tanto que a declaração unilateral de vontade pode ser revogada e não no pode ser a declaração de cada figurante futuro insita no acordo. O acordo pode ser distratado, porém não revogada a declaração acorde. No direito brasileiro, a forma voluntária, quando não se trate de instrumento público, tem de ser observada, para que o ato entre no mundo jurídico, salvo se foi estabelecido que apenas se quis dar mais consistência a prova futura, caso em que o ato entra no mundo jurídico, é válido e eficaz, mas a inobservância da forma fez difícil a

prova. No direito alemão, há regra do § 154, 2ª parte, em que se diz que a forma voluntária se entende, em caso de dúvida, como pressuposto de validade, — solução técnica com que não simpatizamos, uma vez que se juntam sanção de invalidade e dúvida. Não temos tal regra jurídica.

Temos apenas o art. 133, no qual se diz: "No contrato celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato." Rara a forma voluntária, que não sejam instrumento público, o tratamento é a *priori*. Portanto, a sanção é a da não-entrada no mundo jurídico, salvo se apenas houve o propósito de segurança da prova. O art. 133 é regra jurídica dispositiva. Rara que, exigido o instrumento público, a sanção não implique nulidade, é preciso que se haja afastado a incidência do art. 133.

A declaração unilateral de vontade e o acordo podem extinguir-se por vontade dos interessados, em distrato, ali, e revogação, aqui, porém a forma há de ser a mesma que se adotou para o acordo ou para a declaração unilateral de vontade.

§ 343. Atos jurídicos que exigem por lei forma pública

1.

Conteúdo do art. *134 do* Código *Civil*. Diz o art. 134 „E outrossim, da substância do ato a escritura pública: 1. nos pactos antenupciais e nas adoções; II. nos contratos constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinqúenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola." Posterior mente, o Decreto-Lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, art. 26, pr, dissera ser necessária a escritura pública, na transmissão, por ato entre vivos, do domínio útil de terrenos de marinha, ou dos direitos do mero ocupante, sem aforamento. Também o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 46, havia derrogado o art. 134, II, quanto à incorporação de imóvel em sociedade anônima, como capital, embora de valor superior a mil cruzeiros; e a Lei nº 196. de 18 de janeiro de 1936, art. 59, estatuíra que:

"Os termos de entrega, cessão ou doação de terrenos, para abertura, melhoramento de ruas, quando constem dos livros das repartições municipais do Distrito Federal, têm força de escritura pública e não dependem de transcrição." Já o art. 129 dissera que a validade das

declarações de vontade, isto é, dos atos jurídicos *stricto* sensu e dos negócios jurídicos, somente depende de forma especial quando a lei expressamente o exija; e o art. 130 deu a sanção de nulidade, para a falta da forma especial, quando outra não for, por lei, a sanção.

Assim, os atos de que cogita o art. 134, se foram feitos por instrumento particular, entram no mundo ju-rídico, mas nulamente.

2. Pactos *antenupciais* e adoções. Os pactos antenupciais, quer se refiram a bens móveis, quer a bens imóveis, têm de ser por escritura pública. Ainda que, por eles, não se transfira a propriedade de algum bem, são nulos se não foi seguida a forma pública. Dá-se o mesmo quanto às adoções, salvo se incide a regra jurídica que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, estatui no art. 47. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 24 de novembro de 1942 *(RT 148/765),* entendeu que a adoção pode ser feita por ocasião do registro do nascimento, porque o assento, sendo instrumento público. equivale à escritura pública. A solução é um tanto surpreendente: difícil de ser acolhida, desde que se advirta em que o assento é declaração de enunciados de fato e, feita pelo que *quer* adotar a ela junta-se a declaração de vontade, que há na adoção. de modo que a solução dada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal importa em reconhecer ao oficial do registro competência para instrumentar os atos jurídicos de adoção, se o declarante do nascimento é, também, o adotante. E de se afastar a ilação, que acaso se pretenda, de poderem os oficiais do registro civil tomarem as declarações do adotado (art. 373). A espécie admitida pela 2ª Turma não dispensaria a averbação e teríamos averbação no registro em que se adotou (!). O oficial do registro civil apenas inscreve o nascimento. de acordo com as declarações feitas; não instrumenta negócios jurídicos. Pesou no espírito dos juizes a equidade, porém em matéria de forma especial e de competência de funcionário público, principalmente judiciário, a interpretação das leis não pode atender a considerações de ser equidosa. ou não, a solução.

3.

Negócios *juridicos para a constituiçâo* ou *translaçâo* de *direitos reais* sobre *imóveis,* ou de *renúncia a essa* ou *àquela.* No art. 134, II, exige-se, nos contratos constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imóveis, se o valor é superior a cinqOenta mil cruzeiros, a escritura pública; porém a terminologia („contratos constitutivos‟, „contratos transíativos”) foi infeliz. No direito brasileiro, os contratos

concernentes à venda e compra. à troca, ou a atos semelhantes de disposição, não são contratos reais: são contratos de direito das obrigações. Donde a dúvida inicial: jexigese a escritura pública aos contratos de venda e compra e aos outros, consensuais, ou só se exige a escritura pública ao acordo constitutivo, ou ao acordo transíativo? Depois, surge outra questão, respeito à renúncia (art. 589, 11, e § 1ª). Discutamo-las separadamente.

(a) O contrato, por instrumento particular, de venda e compra de imóveis. sem a inserção do acordo de transmissão, tem eficácia no plano do direito das obrigações, ou não no tem? O art. 135 falou do instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição dos seus bens. sendo subscrito por duas testemunhas, e disse que „prova as obrigações convencionais de qualquer valor", entre os figurantes, ou, após o registro público, *erga omnes.* O art. 134, II, exigiu a escritura pública aos contratos constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imóveis, de valor superior a cinquenta mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola. Que se há de entender pelas expressões "contratos constitutivos" ou

„transíativos"? *a)* O contrato em que se prometa constituir ou transferir direito real. ainda que não se lhe siga, uno *actu,* o acordo de constituição ou de transíação, de modo que o contrato de venda e compra de imóvel para ser transferido em mês ou ano próximo, ou quando se ultimar, exigiria a escritura pública; ou *b)* somente a exigiria o acordo de constituição ou de transmissão: ou a) o próprio contrato em que se insira o acordo, considerando-se inseparável esse? É difícil sustentar-se c) diante do art. 153, que salva da nulidade a própria parte separável e o acordo de constituição ou a transmissão é negócio jurídico de adimplemento, que poderia depender da existência ou validade do negócio jurídico de que provêm o dever e a obrigação de adimplir, e não vice-versa. A solução *a)* tornaria o negócio jurídico em que se promete constituir ou transferir dependente da forma do negócio de adimplemento, ainda que não inserto no ato; a lei teria feito do art.

134, li, exceção ao art. 135. O instrumento particular de venda e compra de imóveis de valor superior a cinqúenta mil cruzeiros seria nulo. como contrato consensual. Ora, o legislador empregou expressões que hão de ser interpretadas com prévia explicação da pouca cultura jurídica que o art. 134. II, revela. Chamou ele aos contratos cujo adimplemento implicasse constituicão ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, contratos constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imóveis. Misturou o contrato e o acordo de

constituição ou transíação. Bastaria ter-se referido àquele; referiuse aos dois, englobadamente. Na técnica jurídica, o que se tem de proteger é a pessoa que se obriga a constituir direito real, ou a transferi-los. Em consequência, o que os constitui ou transfere. Assim, a proteção, que se tem por fito com o art. 134, II, não e somente quanto ao acordo de constituição ou de transmissão, e, também, quanto ao próprio negócio jurídico obrigacional. Não se distingue se a constituição ou a transmissão é a favor do outro figurante, ou se só a favor de algum ou alguns deles, ou de terceiro, nem se já é conhecida, ou não, a pessoa do adquirente, nem se o terceiro é autorizado, ou não, a exigir o cumprimento (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 543). Caem sob o art. 134, II, os negócios jurídicos pelos quais alguém se obrigue a comprar, aqueles pelos quais se entra para comunhão, ou sociedade, a fim de constituir bem comum ou social, — até porque o derrogado Decreto-Lei nº 2.627, art. 46, somente abrira exceção para incorporação do imóvel em sociedade anônima, os negócios jurídicos pelos quais alguém se obriga a vender parte indivisa de imóvel, ou o que lhe couber, em imóveis, na liquidação de sociedade, inclusive sociedade anônima —, os negócios jurídicos pelos quais alguém se obrigue a só exigir, em partilha, parte de imóvel, ou determinado imóvel, ou a não exigir imóvel. Também incide o art. 134, II, quanto ao negócio jurídico pelo qual se transforme em sociedade condomínio de imóveis, ou a comunhão *pro diviso* de apadamentos, quanto à alienação de estabelecimento comercial ou industrial a que pertença algum imóvel. Não incide o art. 134, II, quanto àentrada de sócio, que não leve o imóvel para a sociedade, se bem que a sociedade seja proprietária de imóvel, nem a transferência dos direitos do herdeiro do sócio premorto, ainda que a sociedade tenha imóveis. Se alguém se obriga a comprar, ou obter de outrem a transmissão da propriedade ao outro figurante, tratando-se de imóvel alheio, o art. 134, II, incide (Turnau-Eôrsten Das *Liegenschciftsrecht,* 1, 418, 1□. Gutbrod, *Der obligatorische Grun-dstticksverãusserungsvertrag,* 36). A forma do art. 134, II, também alcança os contratos de opção e os acordos de prorrogação de prazo para compra. Quanto aos pré-contratos, tanto o *pactum de vendendo* quanto o *pactum de vendendo et emendo* estariam sujeitos ao art. 134, 11, bem assim qualquer ato jurídico que possa implicar obrigação de contratar sobre direitos reais. (Quanto ao *pactuni de* emendo, discute-se na doutrina, em torno do § 313 do Código Civil alemão, porém não há razão para se proibir que alguém se obrigue a adquirir, se não há obrigação do outro figurante de alienar.) O art. 134. II, somente cogitou da constituição e da transíação, isto é, do lado em que se dá a diminuição do patrimônio imobiliário. Porém o direito brasileiro não tem o princípio da equivalência dos pressupostos do contrato e do pré-contrato.

(b) Quanto à *renúncia.* Não há transíação, mas há perda da propriedade. De certo modo, desconstituição, em relação ao patrimônio imobiliário do renunciante. Por conseguinte, a renúncia dos direitos reais sobre imóveis, se o valor excede a cinqúenta mil cruzeiros, com a atualização segundo a regra jurídica do Código Civil, art. 134, § 6ª, tem de ser por escritura pública. Se o não foi, é nula.

A renúncia da propriedade (art. 589, II) exige a escritura pública, posto que não no diga, explícitamente, o art. 134, II. Enquanto a renúncia — negócio jurídico real — não é registrada, a perda da propriedade não se opera pelo *princípio do* consenso *e da transcrição (Nonsens- und Eintragungsprinzip)*.

Nem há perda sem declaração de vontade renunciante, nem essa, sem o registro, opera a modificação jurídica. A *disposição* somente começa com o pedido-exigência do registro (cf. H. Walsmann, *Der Verzicht,* 253 s.). O negócio jurídico da renúncia, só por si, não é ato de disposição, ainda quando irrevogável; porque o renunciante, como o que fez acordo de transmissão, pode não ter consentido na averbação-cancelamento e, à diferença do que se passa com a transmissão, só ele pode consentir. A data do pedido (protocolização) é que marca a perda. A renúncia perante o oficial do registro, se a lei processual dos registros o permite, contém já o consentimento para a averbação-cancelamento. Legitimado ésomente aquele que consta como último adquirente, ou o único.

A sentença de declaração de renúncia, segundo o art. 641 do Código de Processo Civil, é registrável; e só opera a transmissão depois de ser registrada; outrossim, a sentença declaratória da existência da relação jurídica de renúncia.

O negócio jurídico da renúncia não contém, sempre, o consentimento para o registro (G. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 144). Aquele pode ser suspensivamente. As nulidades, anulabilidades, rescindibilídade e resolutividade podem existir e tratam-se como as do *acordo* de transmissão. Não é bilateral. Dela, antes do registro, não resulta restrição à disposição, nem ação para o cancelamento (H.

Walsmann, Der *Verzicht,* 255). Se o registro foi feito sem ter existido renúncia válida, posto que pedida a averbaçao-cancelamento. o registro tem os seus efeitos de fé pública e o direito do que não foi

renunciante, ou do que o foi nula ou anulavelmente. ou cuja renúncia se resolvera, ou rescindira, tem de ser provado (cl.

Th. Wolff, Die ungerechtfertigte Lõschung, *Archiv for* civilistische *Praxis,* 91, 366 s.). O interessado tem de pedir a retificação, se ainda tem o direito de propriedade (pode ter perdido em virtude de usucapião por outrem); e outro direito pode ter sido constituído sobre imóvel, posteriormente ao registro (e.g., enfiteuse, usufruto). Aliás, só os posteriores adquirentes por registro é que gozam da eficácia oriunda da publicidade do registro (cf. E.Strohal, *Relative Unwirksamkeit,* 37; 1□. Schilde, Die *Unrich* tigkeit des *Grundbuchs,* 61

s.).

(c) Tudo que acima se disse sobre contratos ou outros negócios jurídicos que tenham por finalidade transmissão de direitos reais sobre imóveis, inclusive o domínio, entende-se quanto àconstituição de direitos reais sobre imóveis. O pré-contrato de hipoteca, ou de penhor. ou de usufruto, ainda que haja obrigaçao de passar negócio jurídico a favor de outrem, não está sujeito ao art. 134, II. *A fortiori,* o pré-contrato em que só haja obrigação de adquirir.

4.

Exceções ao *art. 134,11.* Já afirmamos que o art. 134,11, nao apanha os pré-contratos. Jurisprudência sem estudo da questão acolheu, há alguns anos, a solução de não serem escapos ao art. 134, II, os pré-

contratos de venda e compra (certo, o Supremo Tribunal Federal, 28 de janeiro de 1938. *RT* 115/331 40

Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal. 1º de fevereiro de 1944. 157/805; 60 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. 7 de dezembro de 1948. 179/254; 5” Câmara, *25* de novembro de 1949.

185/264; contra, sem razão. 1) Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2 de junho de 1949, *RE*

131/479: *5ª* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de 1948, 178/794). O principio *a priori* seria o de que o pré-contrato segue a forma do contrato, salvo se a forma tem. apenas. função de ligar à observância da regra jurídica a produção de certo efeito como se o art. 134. II, só tivesse por fito habilitar ao registro do

direito real ou ao registro da alienação do imóvel o instrumento do negócio jurídico. Não foi esse, contudo, o fim da lei: a regra jurídica sobre forma especial. que se edicta no art. 134, II, estabelece que não valha a declaração de vontade de constituir, ou de alienaç imediata ou mediatamente, se não houve escritura pública: portanto, o que se teve por fito foi proteger o patrimônio imobiliário, que tanto seria atingido pelo acordo de constituição. ou de transmissão, relativa a imóvel, como pelo contrato consensual de venda e compra, ou pelo pré-contrato, que daria ao outorgado a ação dos arts. 639-640 (cf. Lei n0 6.766, de 19 de dezembro de 1979, art. 27, § 30), do Código de Processo Civil. Se o art. 134, II, só se referisse à eficácia para o registro, só o acordo de constituição, ou de transmissão, seria atingido pela regra jurídica do art. 134, II. e não o contrato de venda e compra. ou outro contrato consensual. ou o pré-contrato, pois. nas duas espécies, a eficácia seria da sentença condenatória, ou da sentença na ação dos arts. 639-640 (cf. Lei nº

6.766. de 19 de dezembro de 1979, art. 27, § 30), do Código de Processo Civil (Comentários. VI. 368-384).

Deve-se a li. Enneccerus *(Lehrbuch, 1,* 30ª-34ª ed., 410, nota 20) ter distinguido as duas espécies de regras jurídicas sobre forma especial, serviço científico tanto maior quanto os tribunais alemães não estavam a fazer a distinção, pondo, *a* prio ri. o principio de que a forma do pré-contrato é a mesma do contrato. No direito brasileiro, assente, porém. *a posteriori.* que o principio é o da independência da forma, ainda se a exigência não somente concernia a algum efeito. tem-se de atender a que o Decreto-Lei nº *58.* de 10 de dezembro de 1937. não abriu, *propriamente,* exceção para os pré-contratos de imóveis loteados. quanto aos lotes (art. 11), e para os pré-contratos de venda e compra de imóveis não loteados (art. 22). O art. 22 do Decreto-Lei nº *58.* dizia: „As escrituras de compromisso de venda e compra de imóveis não loteados, cuJo preço deva pagar-se a prazo. em uma ou mais prestaçóes. Serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei, compreendidas nesta disposição as escrituras de compromisso de venda e compra de imóveis em geral." A Lei nº 649, de 11 de março de 1949, e a Lei nº

6.014, de 27 de dezembro de 1973, mudaram-lhe a redação (art. 1ª): "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de venda e compra de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de

adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil." São necessárias algumas considerações sobre o direito brasileiro antes do art. 22 do Decreto-Lei n0 58.

O Código Civil, no art. 1.088, estatuiu: "Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas *e* danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuido nos arts. 1.095 a 1.097." O art. 1.088 foi mais um ponto da linha histórica, que nos vinha da lei de D. Dinis, inserta nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 57, § 1:

"Diz o Direito que se dous homens fazem algum contrauto d‟aveença, ou de venda, *e* ficaó para fazer estromento de certidooê, aquelle, que ouver de fazer o estromento, se possa quitar, se quiser, antes que o estromento faça." Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 19, *pr,* repetiu-se: "Se algumas pessoas fizerem contrato de venda, ou de outra qualquer convença, *e* ficarem para fazer escritura desse contrato, antes que se a tal escritura faça, se pode arrepender e arredar da convenção o que havia de fazer a escritura." Nascia, com o pré-contrato, o direito à conclusão do contrato definitivo ou principal, podendo haver, em todo o caso, arrependimento com perdas *e* danos. O direito de resolver supõe que *haja* promessa *e valha:* "...

et ideo potest contrahens paenitire, et a tali contractu si velit, resilire diziam os nossos maiores. Outros insistiam: "Paenitere et recedere iicet a contractu, in quo scriptura est de substantia ante confectionem illius". Assim Antônio Comes, à 1º 41, n0 20, taurina, Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 366) e Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* IV, 396). Com o art. 1.088, o contrato de venda e compra de bens imóveis, de valor superior a cinqUenta mil cruzeiros, que tenha sido feito por instrumento particular, não vale como contrato de venda e compra, porém vale e obriga a assinar contrato de venda e compra. Tanto que o outorgante pode arrepender-se, mas há de ressarcir as perdas e danos, que resultem do arrependimento.

Já assim era no século XIV, sob D. Dinis: o outorgante arrepende-se, arreda-se da convençao, e paga perdas e danos. Tratando-se de contrato em que alguém disponha de bem imóvel, ou constitua direito real, o contrato nulo em virtude do art. 134, II, vale como pré-contrato, segundo o principio da conversão. Em verdade a legislação sobre loteamentos de modo nenhum criou exceção ao art. 134, II.

A regra jurídica do Decreto-Lei n0 2.627. de 26 de setembro de 1940,

art. 46, que dispensara a escritura pública, em se tratando de incorporação de imóvel em sociedade anónima, como capital, embora de valor superior a mil cruzeiros, essa, sim, abrira exceção ao art. 134, II: tanto valia o negócio jurídico consensual como o acordo de transmissão, devendo-se interpretar que o art. 46 também incidia em se tratando de constituição de direito real, ou de transferência de direito real, que não fosse domínio, como prestação de entrada para o capital.

A regra jurídica da Lei nº 196, de 18 de janeiro de 1936, art. 59, não criou exceção: apenas explicitou a força de escritura pública dos termos de entrega, cessão ou doação de terreno, para abertura, melhoramentos de ruas, ou, acrescentemos, outros fins de publicização do bem, quando constantes das repartições. A lei só se referiu ao Distrito Federal, porém o principio existe em todo o direito público brasileiro; donde termos falado de explicitação. A lei dispensou o registro. o que é direito novo e somente para o Distrito Federal.

Nos Estados Federados e nos Territórios, é de mister o registro (já o previa o revogado Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178. *b,* II e III); no Distrito Federal, a dispensa do registro não implicava dispensar-se, para eficácia contra terceiros, que se guiassem pelo registro de imóveis, averbação segundo os arts. 285 e 286 do Decreto n0 4.857.

Para a venda de produtos, que não estejam compreendidos em alguma limitação ou restrição do poder de dispor e se destinem a alienação, não é preciso escritura pública, porque a imobilização é se e enquanto (cf. 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de novembro de 1939 e 15 de abril de 1940. *RT*

125/608. e 128/189).

A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas, a 14 de fevereiro de 1944 *(RT* 154/802), confundiu *díst rato* de sociedade e ato de transferência dos imóveis para o que era sócio. A sociedade pode ser distratada por instrumento particular. seguindo-se a liquidação. Se foi estabelecido que os bens imóveis passariam a um dos sócios, teriam os interessados de, na ocasião, ou depois, por instrumento público, dizer que se transferiam ao sócio (acordo de transferência). em adimplemento das obrigações assumidas no ato do distrato. Aí, não o distrato, mas o que. a mais. nele se inseriu está para o acordo de transferência como o contrato de venda e compra estaria para o

acordo de transferência. Donde ter de ser por instrumento público o que, a mais, se determinou, negocialmente, quanto à alienação dos imóveis, não o distrato mesmo. Se houve apenas o distrato e nada se dispós quanto aos bens imóveis, tem de haver a liquidação, e o titulo para a transferência é o em que dos imóveis se dispuser. de regra ato judicial, e não o distrato. Por onde se vê que a 2Ó Câmara partiu de premissa falsa, — a de que no distrato haja, necessariamente, negócio jurídico de disposição dos bens sociais e acordo de transferência. E verdade que. dissolvida a sociedade, a transferência da propriedade do imóvel da sociedade ao sócio exige a escritura pública, se o imóvel é de valor acima de cinqUenta mil cruzeiros (art. 134. II). afirmação em que não se põe em causa a validade do distrato. Dava-se o mesmo quanto à transferência da propriedade do imóvel à sociedade. Ainda assim, havia a exceção do art.

46 do Decreto-Lei nÕ 2.627. de 26 de setembro de 1940, ao art. 134. II: Ainda que se trate de bens imóveis de valor superior a mil cruzeiros, a sua incorporaçao na sociedade, para a constituicão de todo o capital ou parte dele, não impõe a forma de escritura pública" (cf. 6ª Cámara do Tribunal de justiça de São Paulo. 24 de setembro de 1948, *RT* 177/3 12). Regra jurídica só referente à sociedade por ações, revogada (Lei nv 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 300).

A partilha por ato iurídico entre vivos pode ser feita pelo pai (art. 1.776), ou pela mãe; há de ser por instrumento público, se algum dos bens partilhados é imóvel de valor superior a cinqUenta mil cruzeiros (art. 134, II). Para que tal partilha seja eficaz, épreciso que não ofenda o direito dos herdeiros necessários: no que ofende, é ineficaz. A expressão "válida" no art. 1.776 está por „eficaz". Não importa tal partilha adiantamento de legítima, que éoutra coisa (art. 1.171). Não há qualquer doação na partilha do art. 1.776

(absolutamente sem razão. Itabaiana de Oliveira, em acórdão da **2ª** Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 2 de junho de 1944, *RT* 30/259). Se o genitor a fez em vida, tal partilha só produz efeitos quando ele morrer e. feito o inventário, for junta aos autos (Código de Processo Civil de 1939, art. 502:

„A partilha feita pelo pai por ato entre vivos ou de última vontade, será respeitada desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.") *Ad instar* da partilha amigável, feita pelos herdeiros, que sob o Código de 1939, art. 512, independia de homologação: *aliteir,* no Código de 1973, art. 1.031, *pr.* e § 2ª. Se houve adiantamento de

legítima (art. 1.171), há colação (art. 1.786), e a partilha tem de ser feita conforme as regras jurídicas comuns: adiantamento de legitima não é partilha por ato jurídico entre vivos. Se a partilha fora feita em testamento, dispensava-se a homologação como se haveria de dispensar se a tivessem feito, por escritura pública, herdeiros capazes, ainda que tivesse sido particular o instrumento do testamento, pois o cumpra-se lhe dava a eficácia semelhante à da escritura pública. Pode-se argumentar que a partilha por ato jurídico entre vivos recai sobre herança, e herança é bem imóvel (art. 44, III). Mas a herança, a que se refere o art. 44, ííí, é a "herança aberta". Os atos jurídicos concernentes a bens que ainda vão ser herdados (e.g., testamentos, doações que não caibam no art. 134, II, cf. art. 1.168, adiantamentos de legitima que não caibam no art. 134,11, cf. art. 1.171, e partilhas que não se refiram a bens compreendidos no art. 134. II, cf.

art. 1.776) podem ser por instrumento particular.

§ 344. Atos de autorização, em senso lato, e de anuência

1.

Manifestações de vontade anteriores e posteriores *ao ato jurídico.* As manifestações de vontade anteriores aos atos jurídicos, necessárias à existência, validade ou eficácia deles, podem consistir em *autorizações,* no sentido largo de manifestações de vontade, que outorgam poder de influir, mediante ato jurídico, no patrimônio do autorizante, ou em interesses do autorizante (autorizações estatais ou paraestatais para alienação, e.g., Constituição de 1988, arts. 176, §§ 1º e 3º, e 223, §§ 1ª, 2ª, 3ª e 5º); ou em assistência a incapazes, ou em assentimentos a atos jurídicos de outrem, se bá comunidade de interesses, sem comunidade de direitos (Código Civil, arts. 235, I-IV, e 242, I-IV, sobre assentimento de cônjuge; art. 1.201, sobre assentimento do locador àcessão da locação). As manifestações de vontade posteriores ou são assentii"nentos posteriores, ou ratificações. No art. 132 diz-se: "A anuência, ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento." A lei empregou a expressão "autorização" em sentido largo e, pondo tal conceito após o de

"anuência" (= assentir com a cabeça, de *nuo,* mover com a cabeça, o que pode se referir à manifestação de vontade ou enunciado de fato). Sempre que outrem, que o figurante, haja de manifestar vontade, ou

declarar

— ainda em resposta, ou tacitamente — enunciado de fato, a forma é a mesma do ato jurídico em que se *vai* conter ou em que *havia de estar* contida a manifestação de vontade ou de conhecimento. A respeito, por exempIo, do poder de representação, a questão da subsumpção em "autorização", ou não-subsumpção, é sem importância. Se é certo que a R. von ~Jhering se deve a precisão do sentido estrito de "autorização", extremando-o da outorga de poder *(cl.* E. Strohal, Rechtsúbertragung und Rausalgeschãft, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik*. 27, 442 s.; E. Jung, *Erdrterungen, iherings iahrbú* cher, 69, 82 s.). a não-inclusão do conceito de outorga de poder no conceito de autorização seria relevante, porém necessariamente se incluiria ele no de

"anuência". Ora, em verdade, os conceitos de autorização e de anuência estão em sentido amplo. As leis costumam empregá-los com tal largueza *(e.g.,* autorização no sentido de outorga de poder de alienar, pleitear, assumir obrigaçao, cl. Ludewig, *Ermàchtígung* 57 s., 72 s.). O que mais importa na interpretação do art. 132 é o saber-se que se trata de assentimento em geral, necessário à existência, validade ou eficácia de ato jurídico de outrem (nem somente à validade, pois validade, no art. 132, está em sentido atécnico, larguíssimo; nem só de negócio jurídico de outrem). É indiferente se o assentimento éà vontade, ou ao enunciado de fato, no interesse do sujeito do ato jurídico, ou no interesse do assentinte (ou por ser em seu próprio nome, ou em disposição do direito de assentinte, ou por lhe atingir, ainda que mediatamente, direitos ou interesses, como se dá com o cônjuge quando o outro aliena imóveis ou direitos reais sobre imóveis particulares dessoutro, e com o locador, em caso de cessão da locação). O art. 132 abrange assim as espécies de representação voluntária como as de representação legal. O que se estatui no art. 132 é o *princípio da forma envolvente:* desde que o ato jurídico é necessário a outro ato jurídico, como *condictio uns,* isto é, elemento para a existência, validade ou eficácia do outro, o direito brasileiro *(obter,* o alemão, § 182, alínea 2ª) exige-lhe a mesma forma, de modo que, se a forma escrita éexigida, não basta a manifestação tácita, e, se a forma de escritura pública o é, não basta o instrumento particular.

Tratando-se de assentimento posterior, e.g., ratificação, o art. 132 também incide.

2.

Natureza abstrata dos atos jurídicos *necessários a outro.* Os atos de assentimento são *abstratos.* Salvo se o teor deles lhes restringe a aplicação, pode ocorrer que não exista, não valha, ou não seja eficaz o ato jurídico que dele necessita e exista, valha, ou seja eficaz o ato jurídico do assentinte. Assim, se A outorga poder a 8, menor, para assinar escritura de venda e compra de imóvel, a decretação da nulidade ou da anulação da escritura de venda e compra não atinge a outorga de poder, se ela mesma obedeceu à forma ou outra exigência (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 525). Os atos a que se refere o art. 132, necessários à existência, validade ou eficácia de outro, são, de si sós, atos de disposição.

Nem todos eles são revogáveis, posto que a revogabilidade seja a regra. Revogáveis, entende-se, antes de serem usados pelo figurante do ato jurídico que deles precisa. O assentimento para pleitear é, proposta a ação, irrevogável; dá-se de uma vez.

3. *Assentimento posterior.* Rara que se possa assentir posterior-mente é preciso que o ato jurídico a ser integrado com a ratificação seja eficaz (= existente e. pelo menos, só anulável). Não se assente posteriormente a ato jurídico inexistente ou nulo. A respeito do art. 1.343 cogita-se do exercício do direito formativo gerador, a que se chama, ali, ratificação: algo subsiste, que é o negócio jurídico entre o gestor de negócios e o outro figurante. tanto mais quanto o direito brasileiro não tem o direito de revogação que o §

178 do Código Civil alemão conferiu ao outro figurante. A ratificação supõe assentir-se a ato jurídico anterior. donde a eficácia ex tunc: o ato jurídico anulável ou ineficaz é tido, no mundo do ato jurídico ratifícativo. como válido, desde o ato jurídico ratificado, ou eficaz desde que teria comecado, se o assentimento fosse anterior, a eficácia do ato jurídico ratificado. Em matéria de juros. é assaz importante: bem como em se tratando de prestações que se teriam vencido. Salvam-se, porém, os direitos de terceiros. Seria absurdo que os atingisse ato que somente partiu do assentinte posterior idem. quanto à acão de anulação por fraude contra credores (arts. 106-113).

A convalescença não se confunde com a *eficacização.* Se alguém dispõe de direito que não tem (e.g., vende o imóvel pertencente a outrem, ou grava de direito real o imóvel de outrem, ou cede crédito alheio) e.

depois, adquire (ou seu herdeiro) o objeto de que dispôs, dá-se eficacizaçáo, cuja sedes materiae está, por exemplo, no art. 622, onde "revalidada" é impropriedade terminológica. A eficacização opera *ex* tunc, no tocante a bens móveis (ad, 622, *verbis* „desde o momento do seu ato"). Fora daí, só *ex nunc.* Se houve duas disposições, ambas ao tempo em que não podia dispor a eficacização é quanto à primeira, salvo se o outorgado da segunda tem a posse ou obteve o registro da propriedade, ou notificou o credor cedido. A eficacização pode ocorrer quanto a atos de execução forçada, ou concursal, ou falencial.

A forma do ato juridico. de que resulta a eficacização, é a própria desse ato: de modo que. se o disponente adquiriu por herança a partilhar-se, não se opera *ipso* iure, — em se tratando de imóveis, depende da partilha e, pois, do registro no registro de imóveis, se de móveis, da partilha e, pois, da entrega. Se adquiriu em virtude de usucapião. a sentença, pela qual se lhe declare a aquisição. aproveita ao que adquirira ineficazmente, sendo de admitir-se que esse exija a prestação logo que a usucapião se dê.

4. *Convalescença e* eJicacizacâo. Atos jurídicos inexistentes e nulos não convalescem. A ele referia-se a li.

29, D., *de diversis regulis* iuris *anticjui,* 50, 17, onde se tirou de Paulo: „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere": e a Licínio Rufino, na L. 210: „Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest". O que não podia dispor por ser absolutamente incapaz, pode repetir o ato, não ratificar O que dispôs sendo relativamente incapaz pode ratificar (art. 148). A regra juridica do art.

148 apanha quaisquer atos jurídicos anuláveis (e.g., por vício de coação ou erro). Tratando-se de atos jurídicos revogáveis (e.g.. Decreto-Lei n(7.661, de 21 de junho de 1945. arts. 53 e 99). o ato de assentimento é *renúncia,* não ratificacao:

Capitulo XVIII

Prova dos Fatos Jurídicos

§ 345. Conceito de prova

1. *Prova e convencimento.* Dizer-se que prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo (cf. MeIo Freire, *Institutiones,* IV, 126: "Probatio est actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto controverso, vel de re dubia fidem in iudicio faciunt") é processualizar-se. gritantemente, a prova. A adução, introdução ou representação da prova tanto pode ser em juízo quanto fora dele. O herdeiro paga as dívidas do decujo, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aquelas pessoas que têm muitos negócios exigem que se apresentem as faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que hão de pagar. Pensar-se em prova judicial quando se fala de prova é apenas devido á importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens. As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato *(tema probatório),* que se há de provar. Não só têm por fim convencerem juizes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juizes. A adução ou apresentação da prova compreende a sua proposição (indicação da prova com que se provará o que se afirmou) e a *produção* (= execução da prova).

Meio de prova é o meio pelo qual se prova. Quando o juiz, ou alguém, perante quem se prova julga provado o fato, em verdade enunciou, a seu turno, o mesmo que o interessado enunciara (= con-venceu-se).

2.

Lugar na sistemática jurídica, em que se tem de trotar da prova. A prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático. ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando se diz "prove o seu direito",

"prove a pretensao, a ação, ou a exceção", emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi:

„prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata". A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no mundo fático ou no mundo jurídico. Há prova de fatos do mundo fático e prova de fatos do mundo jurídico (= de suportes fáticos + entrada no mundo jurídico).

3.

Fatos e regras jurídicas. Os fatos compreendem os *fatos* que entram na composição de suportes fáticos e os fatos mesmos das *regras jurídicas* que incidem sobre aqueles. Em princípio, portanto, a regra jurídica teria de ser provada, como fato que é. A afirmação de existir tal regra jurídica (= ter de incidir) teria de entrar no tema probatório, *a)* A necessidade de ser conhecida de todos (e, pois. do juiz) a lei levou a se sobrepor ao *principio de necessária alegação* e *prova dos fatos* o da desnecessariedade da prova da lei *(princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica),* que se traduziu no enunciado *lura novit curia. 5)* A esse princípio abre-se a exceção para as regras jurídicas de que trata o art. 337 do Código de Processo Civil:

"A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz." (Decreto-Lei nº 4.657. de 4 de setembro de 1942. art. 14: "Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência"). *c)* Do princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica também é conseqiúéncia o "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (Decreto-Lei nº 4657. de 4 de setembro de 1942, art. 30; antes, art. 59 da Introdução ao Código Civil, que dizia: "Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei; nem com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão dela se exime o juiz a sentenciar ou despachar"; cl. Código de Processo Civil, art. 126: "O juiz não se exime **de** sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lei caber-lhe-á aplicar as normas legais: não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.") Velha regra jurídica dizia que a ignorância de direito é nocente.

— não assim a do fato (Paulo, L. 9. pr., D., *de iuris et facti ignorantia,* 22, 6: "Regula est iuris quidem ignorantíam cuique nocere. facti vero ignorantiam non nocere"). Ainda assim, levava-se em conta a

ignorância sobre o Edicto pretório (L. 10, D., *de bonorum possessionibus,* 37, 1). No direito de hoje, não hã exceção: e o art. 337 do Código de Processo Civil ou o art. 14 do Decreto-Lei nº 4.657 de modo nenhum é exceção ao *princípio da inescusabilidade do erro ou da ignorância da lei.* Aliás, se o erro ou ignorância é quanto ao suporte fático sobre que incidiria a regra jurídica A, em vez da regra jurídica 13. o erro ou ignorância é *facti.* e não *iuris.* Dai poder-se errar quanto ao fato, se se erra a respeito de direito (no sentido subjetivo), dever, pretensão, obrigação, ou exceção, se proveio de erro quanto a elemento do suporte fático.

Quem ignora o fato, ou erra sobre ele, é inocente; quem ignora o direito, não no é: porque e nocente o ignorar o direito, existe o dever, *de direito público,* de conhecer as leis do país.

4.

Ignorância dos fatos e ignorância do direito. Uma vez que *Facti ignoran tia non nocet,* quem alega fatos há de os provar; dois ônus, o de afirmá-los e o de prová-los. A teoria das provas reduz-se, toda, à teoria das provas dos acontecimentos do mundo fático e dos fatos jurídicos (suportes fáticos que entraram no mundo juridico).

A regra jurídica é de mister que seja concebida como não ignorada de ninguém, a que interessar possa, pois que *incide infalivelmente.* Ao juiz é que se permite, nas espécies do art. 337 do Código de Processo Civil, exigir prova; não às pessoas particulares, inclusive o Estado.

5. *Enunciados de fato.* Nos atos juridicos, ainda quando não se trate de comunicações de fatos, ou de exteriorizações de representação. há. ao lado do elemento volitivo, enunciados de fato, tais como a declaração do vendedor de que a coisa vendida tem a dimensão tal, ou a qualidade tal. „Vais enunciados de fato, feitos explícita (declarados, isto é, de modo claro) ou implicitamente. ou são verdadeiros, ou são falsos.

Tais enunciados de fato podem ter grande relevo jurídico, como se dão ensejo a erro e. pois, àanulabilidade do ato jurídico (arts. 86-91), ou à *condictio indebiti* (repetição por enriquecimento injustificado, art. 965), ou à tutela da boa-fé, à tutela do devedor no direito do credor (e.g., art. 1071), à tutela dos que tratam com o representante (art. 1.321), dos que de boa-fé casam invalidamente (casamento putativo, art.

221). àtutela dos que possuem bens como próprios (arts. 551 e 618).

6.

Conteúdo nâo-volitivo do ato jurídico. O ato jurídico pode —e há de conter — algum enunciado de fato, ainda que implícito. Não se vende alguma coisa sem se dizer *o* que é que se vende, qualidade e quantidade. Se a verificação é da presença dos figurantes, ou por eles feita, há simultaneidade ou imediatidade do enunciado de fato e da afirmação da verdade: afirmou-se, verificando-se: ou afirmou-se, verificou-se; ou verificou-se e afirmou-se. Se um só dos figurantes afirma e o outro admite, crendo na afirmação, não se retira a essoutro o verificar, depois, se a af irmação foi verdadeira, ou falsa. Uma vez, porém, que não houve, desde logo, afirmação contrária, tem-se de partir da presunção de que o enunciado do fato, que se inseriu no ato jurídico, ou que o ato jurídico supõe, seja verdadeiro. Daí a regra jurídica do art.

131: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.” A presunção de verdade é *iuris tantum;* o que recebeu o enunciado de verdade pode elidi-la com prova contrária; e só opera entre os que figuram no ato: contra os terceiros não há a presunção. Em virtude do art. 131, o ônus de alegar e provar que a declaracão constante do documento assinado não é verdadeira incumbe ao figurante, que a tem por falsa. Pode dar-se, porém, que o enunciado de fato não se refira ao figurante. nem tenha relação direta, com o objetivo do ato jurídico. Então não há presunção *iuris tantum:* o que o afirmou tem o ônus de prová-lo. Daí dizer-se no art. 131, parágrafo único: “não tendo relação direta, porém, com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes. as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las”.

O art. 131 nada tem com as manifestações de vontade. Se alguém assina documento de reconhecimento de dívida, tal documento prova o ato jurídico declaratório, o reconhecimento constitutivo, ou por si não é mais do que dação de meio de prova, caso em que está sujeito à livre apreciação do juiz (Código de Processo Civil, art. 131). O art. 131 estabelece presunção *iuris tantum* quanto aos enunciados de fato; nada tem com o ato jurídico em si. Por isso mesmo, ou se trate de reconhecimento que seja simples dação de meio de prova, ou de negócio jurídico declaratório, ou constitutivo, não se pode invocar o

art. 131, salvo se naquele, ou nesse negócio jurídico, há alguma "declaraçáo enunciativa" (= declaração de enunciado de fato) que possa ser considerada verdadeira ou falsa. A 2e Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de setembro de 1948

(RF 129/102), não entendeu o art. 131, crendo, levada por intérpretes apressados, que o art. 131 é que faz o documento provar o ato jurídico. Idem, o voto vencido ao acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 14 de abril de 1946 *(AF* 19/215). Nem o art. 131 tem qualquer coisa com o princípio *Pacta sunt servanda,* ou com a proposição "o contrato é lei entre as partes", com que se desviaria o problema técnico da interpretação do art. 131 *(e.g.,* 2e Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 26 de novembro de 1946, *RI* 45/59). Erro mais grave foi o da 1ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 27 de novembro de 1935 *(RT* 105/ 525), que leu o art. 131 como se nele fosse proibido dar-se prova contra o que se diz nos documentos assinados (ainda recentemente, 35 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de março de 1948, *RT* 173/698).

A data é enunciado de fato; admite-se a elisão da presunção pela prova em contrário (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de junho de 1948, *RT* 176/274). As declarações de qualificação do signatário são enunciados de fato. Não assim, a disposição, que é ato volítivo (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1948, *RT* 177/712).

A presunção do art. 131 é *erga omnes;* não só entre os figurantes. Pode C provar a data de nascimento de A exibindo contrato de A com B em que A diz qual a idade que tem. Se A alega que foi falsa a declaração incumbe-lhe a prova. Se B entende que A mentiu, tem de dar a prova em contrário. Se bem que quase so se invoque o art. 131 entre os figurantes, nada obsta a que terceiro o invoque. Dai ter-se de ler com reserva o acórdão do 1ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de março de 1949 *(RT*

180/170).

E óbvio que o art. 131 exige a assinatura daquele que faz o enunciado de fato. Se datilografada, ou de mão alheia o documento, a página em que o enunciado se contém precisa estar, pelo menos, rubricada (2ª

Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 29 de janeiro de 1946, *RT* 43/220).

7.

Proposições elípticas e enunciados de fato. Nos instrumentos públicos ou particulares. há proposições, algumas elípticas, como a data (= este instrumento foi assinado pelo figurante ou pelos figurantes na data tal), que exprimem *vontade* ou *conhecimento de fatos* (ditos enunciados de fato). O escrito contém a todas. O

documento prova o ato jurídico, tal como se compôs. Aliás, o suporte fático como se tornou ato jurídico.

Manifestacões de vontade *não* se provam, — prova-se o fato de terem sido feitas as manifestações de vontade. Quanto aos enunciados de fato. não: ou eles são verdadeiros, ou são falsos. Se estão em relação direta com o que se quis, o que os fez ou esse figurante e o outro, que assina, prestou atenção ao que se afirmava. Fora do direito, se 8 me afirma que a casa da rua x é sua, não posso desmenti-lo sem alegar e provar, porque seria atribuir a B falta de caráter. No mundo jurídico, o que alguém afirma presume-se verdadeiro, até que se prove o contràrio: salvo se ao afirmante incumbe a prova. Se compro seis alqueires de terra e não meço o terreno, confiei no que o vendedor me disse: se não há seis alqueires que eu posso comprar, tenho de alegar e provar. Se, em ato jurídico de reconhecimento (declaratório ou constitutivo), 8

declara dever a A a quantia que hoje totaliza cem mil reais (elemento volitivo). desde 1950. dizendo que os juros até a data do ato foram pagos regularmente (elemento enunciativo de fato), tal enunciação tem por si a presunção *iuris tantum* do art. 131: a afirmação sobre os fatos dos pagamentos dos juros, por estar em relação direta com o objeto do ato, considera-se verdadeira, cabendo ao credon que exibe o documento, o ônus de alegar e provar a falsidade dela, caso o entenda, A regra jurídica remonta a Dumoulin, através de R.

J. Pothíer *(Ocuvres,* 1, 226, nº 737). que deu o exemplo do reconhecimento da constituição de renda sobre imóvel *(negotium)* e enunciação de ter o reconhecente pago *(facta)* as rendas anteriores: o titular do direito unitário não reconheceu os pagamentos, mas, se admite o titulo, admite as enunciações ligadas diretamente ao objeto do ato, à disposição. Quanto ás enunciações estranhas ao ato, não: se alguma prova podem fazer, não é a de presunção *luris tantum;* por exemplo, se B, vendendo a A, diz que houve de C a coisa vendida (R.

J. Pothier, *Oeuvres,* 1. 226, nº 738). Os nº11 737 e 738 de R. á.

Pothier, *Traité des Obligations* (ed. Bugnet.

II, 401) é que interessam: o nº 736 concerne á prova que dos atos jurídicos fazem os instrumentos, e cita-os erradamente Marcel Planiol *(Traitá élémentaire,* lI, 37).

Aos juizes cabe discernírem se a declaração é *de vontade,* ou *enunciado de fato.* bem assim se o enunciado de fato, explícito ou implícito, é em relação direta com o objeto, ou nao no é.

§ 346. Conceito de ônus da prova

1.

Dever e ônus, dois conceitos distintos. A diferença entre *dever* e *ônus* está em que *(a)* o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relacão entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfacão é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (á) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há suleição do onerado: ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito. de perto, à pretensão à tutela juridica. Isso não permite concluir-se que seja expediente para se basear a sentença quando faltem as provas dos fatos: seria só se ver o ónus da prova como *posterius.* O ônus da prova é essencialmente *prius:* evita o *non liqueL.* Quem tem interesse na afirmação é que tem o ônus da prova; ônus, porque o provar é no interesse próprio, para que não caia no vácuo a afirmação, Tal interesse, que, respeito ao ônus da prova, se vê *após* os fatos que hão de ser provados, extrajudicial ou judicialmente, é o mesmo interesse que tem *o* figurante do negócio jurídico, ou do ato jurídico *siricto sensu,* em pré-

constituir a prova (= *antes* dos atos jurídicos), ou de preparar a prova ou salvar a prova dos atos-fatos jurídicos, ou dos fatos jurídicos *stricto sensu.*

2. *O que é ônus da prova.* Onus da prova é o ônus que tem alguém de dar a prova de algum enunciado de fato. Não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante a outra pessoa,

quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova há de exercer-se no seu próprio interesse. Dever somente há onde se há de acatar ou corresponder ao direito de outrem, ou onde se há de ter certa atitude concernente a si mesmo (E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 693; Fr. Leonhard *Die Beweislast,* 151). O que tem o ónus da prova pode dar prova, ou não; dá-Ia como melhor a poderia dar, ou deixar de dála como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova; tudo se passa como a respeito de qualquer risco; se bem que não se possa dizer, como H. Fittíng *(Die Grundlagen der Beweislast,* 12), que apenas se trate de expressao para as conseqüências práticas de outras regras jurídicas. O ónus da prova estabelece contra alguém que, se não der a prova, se terá como improvado o enunciado de fato. Ressaltaria ligação à máxima de contrariedade ou ao princípio *Quod non est in actis non est in mundo,* se, por vezes, não se tivesse de considerar o ônus da prova somente no plano do de direito material, evitando-se, então, qualquer subordinação dele à processualística. embora, outras vezes, só se trate de ônus da prova no processo. Não se pode repetir, hoje, o que A. Wach (Die Beweislast, *Zeitschrift fúr* deu *tschen Ziuilprozess,* 29, 362 s.) dizia sobre ser *cantradictio in adjecto* falar-se de ônus material da prova, que não no seja processual. O ônus da prova começa antes de qualquer demanda; preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante. Dai não se precisar da expressão "ônus de aclaração" *(Feststellungslast)* que alguns escritores propuseram *(e.g.,* L. Rosenberg. *Die Beweislast,* 39). Quando se discute qual o lugar mais própria para as regras jurídicas sobre o ônus da prova, se o direito material ou o processual, não se atende a que a lei processual tem de se dirigir ao juiz para mostrar qual a conseqüência que há de ter a *falta* de prova, se o onerado com ela não na deu, e qual o papel das negações pelo réu. Seja como for, a regra jurídica sobre ônus da prova é sobre discussão quanto à *incidência* da regra jurídica, — o que, de si só, mostra haver regras jurídicas que não são atributivas de direitos, pretensões, ações e exceções, e sim de solução das controvérsias entre figurantes de cada situacão. A regra jurídica sobre o ónus da prova não é de direito material (res in *iudicium deducta),* nem é processual; a existência do ônus écomum aos dois ramos do direito, porque concerne à tutela jurídica. O que se aponta como devedor pode exigir, fora do processo, que se prove a sua divida, para que pague. O que diz ter pago a dívida tem de exibir o recibo a quem de novo Iba cobra. Pressupõe-se, sempre, um fato, de que possa surgir a consequência. e incerteza sobre o suporte fático.

No processo, os juizes ignoram, oficialmente, os fatos. Quem alega é que se refere a fatos. Toda cognição supõe bases para decisões sobre regras jurídicas, sobre regras de experiência e sobre fatos. A decisão

tem, em qualquer das três espécies, de ser justa (= exata). O ónus de comunicar é concernente ás três espécies. Pensou-se em distribuição subjetiva do ônus de afirmar e do õnus de provar; porém, em verdade, a distribuição é somente objetiva. Pode ser que o õnus da prova resulte de regra de direito material, *eg.,* se a lei estabelece que, não apresentado o recibo, até certa data, pode alguém solver por conta do que devia pagar: trata-se de interesse de aclaração, independente de qualquer discussão extra-judicial ou judicial. Mas, aí, já há alusão a suporte fátíco de alguma regra jurídica, e não precisamente de regra sobre õnus da prova.

3.

Tutela jurídica e prova. No plano em que pusemos o problema e lhe apontamos a solução, as duas correntes (pela materialidade e pela processualidade da regra jurídica sobre ônus da prova) estão superadas.

Quem tem a pretensão à tutela urídica tem-na de acordo com as regras jurídicas sobre ônus da prova e sobre exercicio das pretensões especializadas, quer em justiça de mão própria, quer em justiça estatal, O que tem o ónus da prova tem-no sem se indagar de qualquer elemento pessoa!, salvo a capacidade de direito. Tal como se passa com tudo que se refere á pretensão à tutela jurídica, Aliás, essa impersonalização é ainda mais profunda, e tem razão 1□, Wichmann *(Die Beweislast heim Kauf nach Prabe,* 27) em mostrar que há certa inexatidão na regra *Actore* non *probante reus absolvitur,* pois, se o autor não prova, e outrem o prova, é como se o autor o tivesse provado. O aspecto puramente objetivo do ônus da prova evidencia-se, — o que serve para mais acentuar a natureza pré-processual das regras jurídicas sobre ônus da prova, Nenhum dos princípios que cabem no de contrariedade, ou *Verhandlunqsmaxíme* concerne ao ônus da prova; de modo que a parecença com qualquer deles não bastaria para se considerarem processuais as regras sobre ônus de prova. Quando se alega o fato, que seria concernente ao suporte fático, ou se diz que o suporte fático foi suficiente e não foi deficiente (afirmação essa que assentaria a existência, ou a eficácia do fato jurídico, ou a existência, validade e eficácia do ato jurídico), ou se diz que o suporte fático foi suficiente, mas deficiente, ou se diz que foi suficiente, não-deficiente, mas ineficaz, ou que foi suficiente, deficiente e ineficaz, ou se diz que não foi suficiente, ou se diz que houve revogação, resolução, resilição, ou rescisão, ou cancelamento ou outro fato extintivo, em que falta eficácia total (= incluído o direito), ou a pretensão, ou a ação, ou a

exceção. Tal enumeração aproveita os resultados da ciência de modo a superar se a velha distribuição em fatos afirmativos e fatos negadores, que compreenderiam os fatos negadores impeditivos, os suspensivos e os excludentes (cf. 1 Maxen, *Uber Beweislast, Einreden und Exceptionen,* 1 s.). O mundo jurídico há de ser considerado como se tudo, nele, tivesse de ser provado: só o notório estabelece o que é, sem necessidade de prova, ao lado do que é, porque a lei *criou* (União, Estados Federados, Municípios, pessoas físicas), ou porque é vindo do mundo fático, como fato jurídico *stricto* sensu (nascimento, aniversário relevante para o direito, morte), se sem qualquer dúvida (= notoriedade ou evidência), A necessidade de regras jurídicas sobre o ônus da prova começa desde todo o princípio, porque, fora as leis a que basta serem invocadas (exceto, portanto, as de que trata o art. 337 do Código de Processo Civil), a notoriedade é matéria de regra jurídica sobre prova (Código de Processo Civil, art. 334, 1). O direito romano e o germânico deram soluções iniciais diferentes: a carga da prova, tinha-a no direito romano, o autor; no direito germânico, o réu (cl. H.

Becl-çh, Die *Beweislast,* 15 s.). Ao princípio Necessitas *probandi incumbít liii qul agit* (L. 21, D., *de probationibus et praesumptionibus,* 22, 3) criaram-se exceções (L. 19, D., 22, 3): „ln exceptioníbus dicendum est reum partibus actorís fungi oportere", Discutiu-se se o princípio primário seria o da L. 21 ou o da L. 2 (Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat). A última opinião foi a de Irnério, que penetrou no *Corpus furis cononicí* e por muito tempo preponderou. Argumentava com a impossibilidade de se provarem negativas, — o que AdolI Dietrich Weber *(Uber die Verbindlichkeit zur Beweisfúhrung,* 3ª ed,, 104 s.) pulverizou. Há menor número de espécies em que se pode provar a negativa, mas o principio geral seria falso. Se é certo que se presume não ter sido, também é certo que se tenha de considerar como acontecido certo fato porque seria de esperar-se e, então, a presunção seria a favor da negativa, Isso não nos deve levar, como a E. Ch, Schneider *(Vollstândige Lebre uoni rechtlichen Beweíse,* 428) e J. Cúppers *(Beitrôge*

zur

Lebre vorn der Beweislast, 33), a exagerar *o* papel da presunção na seleção das regras jurídicas sobre ônus da prova, Temos de considerar o *status quo* do mundo jurídico como o ponto zero dos fatos a serem afirmados, mas tal *status quo* é o de algum momento passado, o que tiraria quase toda a importância do conceito (cf, CarI Reínhold, Zur Lehre von der Beweislast, *Zeitschríft fúr deu tschen Zivilprozess,* 20, 118 s.; exato, W, Camphausen, *Die Beweislast hei der Rúckforderungsklage,*

18; sobre o juiz ter de exigir causa ao que mudou, li. Fitting, Die Grundlagen, *Zeitscbríft fOr deutschen Zivilprozess,* 13, 18 s,, e 8, Betzinger, *Die Beweíslast irn Zivilprozess,* 290 s,).

4, *Objetividade do ônus da* não subjetivo. Como partes, sual, todos os figurantes hão *prova.* O ônus da prova é objetivo, sujeitos da relação jurídica procesde provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre conseqúências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova. O

problema da carga ou ônus da prova é. portanto, o de determinar-se a quem vão as conseqúéncias de se não haver provado: ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (= negou oi~ afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou. na demanda., o réu. Enquanto alguém se diz credor, e não no prova, não pode esperar que se trate como credor Por isso, intentada a demanda, se o autor afirma a existência de algum fato jurídico a juridicidade de algum fato = a entrada. antes ou agora, de algum lato no mundo jurídico), e não no prova, até precluir o tempo em que poderia provar, a conseqúência é contra ele: *Actore* nou *probante* reus *absolvitur.* Se o adverso afirmou, por sua vez. que houve deficiência no suporte fático (= entrou no mundo ju— rídico com a falta de algum elemento ou presença de elemento que vicia o ato jurídico = entrou nula ou anulavelmente). e o afirmante provou a existência, a prova do afirmante está de pé e a falta de prova pelo adverso importa em que a conseqúência seja contra ele: *ex hypothesi,* o ato jurídico existe, e não se tem por nulo ou anulável. Dá-se o mesmo se o adverso afirma que o fato jurídico não teve e não tem eficácia, ou a teve e não na tem mais, ou ainda não na tem. Quanto á contra-afirmação. que diz respeito à existência, ou o adverso afirma, em contrário ao que se afirmou, não ser verdade ter existido, ou não ser verdade que ainda exista (contra-afirmacão de fato extintivo *lato sensu, e.g.*. de ter terminado, ou cessado, de resolução, resilição, rescisão etc.), As exceçóes entram nas afirmações contra a eficácia, porque toda exceção encobre, dilatória ou peremptoriamente, eficácia: *Reus in* excipiendo *fit actor,* porque afirma contra a eficácia e se lhe carrega. portanto, o ônus da prova. Se o que afirmou primeiro não repele a afirmação do adverso, mas afirma, a seu turno, fato positivo ou negativo, como que se excluiria a validade ou a eficácia do que o adverso afirmou, se provado fosse, — a prova desse fato, positivo, ou negativo, lhe incumbe.

§ 347. Meios de prova

1. Que são *meios de prova.* Os meios pelos quais se ministram os elementos ou motivos de prova são ditos meios *de prova.* Porque mediante eles se firma convicção sobre algum fato, positivo ou negativo, que se alegou. Quem diz meio de prova exclui, portanto, que se trate, quanto a ele, de declaração de vontade ou de manifestação de vontade, Direta ou indiretamente, há enunciado de *fato.* O meio de prova pode consistir em algo que possa ser apreciado pelos sentidos, ou que possa conter apreciações pelos sentidos: dados físicos, exteriorizações de pensamento ou sentimento (documentos, certidões, atestados, laudos periciais, depoimentos de figurantes, ou de testemunhas, confissões, sentimentos revelados em exames de responsabilidade etc.).

2.

Meios de prova, segundo o *art. 136 do Código Civil.* Diz o art. 136: "Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante: 1. confissão; II. atos processados em juízo; III.

documentos públicos ou particulares; IV. testemunhas; V. presunção; VI. exames e vistorias; VII.

arbítramento." São esses, para a lei, os meios de prova.

a) Houve, até há pouco, corrente doutrinária, — dominante em alguns países, — que se recusava a incluir entre os meios de prova aa confissão, Assim, A. Heusler (Die Grundlagen des Beweisrechtes, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 62, 209-211; A. Wach, Das Gestãndnis, *Archiv,* 64, 216, para quem a confissão extrajudicial não é só meio de prova, nem só negócio jurídico) recusavam-se a só considerá-la meio de prova, como se, satisfeitas certas exigências, não pudesse, por si só, provar (qualquer meio não deixa de ser meio de prova se não vem antes de outros). A questão. porem, não se limitou ao dilema; ser, ou não ser meio de prova. Houve quem a reputasse negócio jurídico, embora com certa dose de enunciado de fato (G.

Demelius, *Lhe Confessio.* 439). Quem lhe negasse ser declaração de conhecimento, ou declaração de vontade (Hans Sperl. *Lehrbucb.* 1, 300). Em verdade, a confissão é meio de prova (Schrutka E. v.

Rechtenstamm, *Grundriss des Zivilprozessrecbts,* 194; R. Pollak, *Sçstem des dsterreichiscben Zivilprozessrechts.* 643: quanto à confissão extrajudicial. A. von Tuhr, *Der Alipemeine Teu,* III, 249. nota 9), embora ato jurídico stricto sensu.

b)

Os *atos processados em juízo* entram na classe dos *instrumento,* posto que se lhes houvesse dedicado lugar à parte (art. 136, li) e antes da classe (art, 136, III), por se lhes põr em relevo mais a forma externa (processamento em juízo) que o conteúdo. A força probatória material deles não é sempre a mesma, nem, sequer, existe sempre. De regra, os atos processados em juízo o foram até á decisão a ao trânsito em coisa julgada. A eficácia da decisão é que marca os limites subjetivos e objetivos da força probatória material. Decisão de eficácia só entre partes prova. alhures, o que se decidiu entre partes, porém não estende a terceiro, menos ainda *erga omnes,* a *eficácia da decisão* (eficácia sentencial). Com a certidão da sentença, entre A e B, prova A, se é preciso. que B foi condenado e não pagou, tendo sido repelidas as suas afirmações de serem inexistentes, ou nulas, ou anuláveis (ou cada uma delas após a outra, com o principio da eventualidade) os negócios jurídicos entre eles, porém náo pode A provar que os mesmos negócios jurídicos, em que foi figurante (e não parte no processo), estão a salvo de outras afirmações semeIbantes por parte de A. Seria, a pretexto de prova, estender-se a força material de coisa julgada. que teve a decisão desfavorável ao réu, a pessoa que reu não foi,

c) Em terceiro lugar, põe o art. 136, entre os meios de prova, os *documentos públicos ou particulares* (art, 136. III). Os instrumento ou *documenta* hão de ser escritos, de modo que não cabem no art. 136, III. os *monumento,* que são os elementos de prova em que o pensamento se exprime por sinais que não são os da escrita. Os discos, por exemplo, ainda que captem, melhor do que a escrita, a voz humana, elemento do suporte fâtico do negócio jurídico, (ainda) não foram colocados pela lei entre os meios de prova: teriam de ser, se os há in *casu,* objeto de exame e vistoria (meio de prova especial). Os escritos servem de meios de prova, por seu *conteúdo conceptual:* mas á *forma* deles alude a lei, ao distinguir documentos públicos e documentos particulares, *Documentos públicos* são os que procedem de

autoridades públicas, ou de pessoa com fé pública, dentro dos limites das respectivas competências *e* atríbuicões, *Documentos particulares* são aqueles que não têm tal procedência, Os documentos em que se reconheceram a letra e as firmas (assinaturas) dos figurantes, ou só as firmas, são documentos particulares. pois o reconhecimento da firma apenas é objeto de atestação. e não de certidão, do oficial público. Quem atesta, por isso que procede ao exame do que se lhe apresenta, acredita (= dá crédito) ao que se lhe mostra, Quem certifica dá documento, por ser sobre aquilo que consta do seu ofício. E a distincão essencial entre o *atestado* e a *certidão.* O ato de *conferência* e *concerto* não é certidão, — é atestado, como o reconhecimento de firma. Há declaracões de conhecimento em todos esses atos; mas certidão somente há se o que se tem por certo consta de livros, ou papéis. ou arquivos de oficio mesmo de quem. com fé pública, certifica, (A distinção que faz frei Francisco de 5. Luís. *Ensaio* sobre *alguns* sinônimos *da Língua Portuguesa,* II. 123 s,, é atécnica.) O reconhecimento de firma *(e.g.,* art. 1,289, § 30) é semelhante ao reconhecimento de que fala o art. 172, V (reconhecimento do direito pelo devedor); portanto. enunciação de fato em estado de pureza, Apenas. há o *plus* de ser por terceiro, com fé pública. Diga-se o mesmo da conferência e concerto. Quanto ao conteúdo. os documentos ou são *informativos* ou *probatórios diretos:* aqueles dão elemento de prova sobre fatos que precisam ser provados; esses enformam (= contêm diretamente) os fatos a que se refere a prova.

d) Testemunhas são as pessoas, estranhas ao negócio jurídico, ou. em geral, aos fatos jurídicos, que depõem (= prestam testemunho) sobre percepções próprias, concretas, quanto a fatos ou circunstàncias que ocorreram. Rigorosamente. quem quer que *percebeu* algo pode testemunhar; porém o direito, atento aos interesses dos figurantes no fato jurídico e aos que são alheios a esses interesses, teve de distinguir aqueles (inclusive representantes legais) e o *alter,* que todos depõem sobre suas percepções. Daí só se ter como testemunha a esse.

Na mesma pessoa, podem reunir-se a testemunha e o perito, porém as duas categorias são inconfundíveis. Sobre o negócio jurídico AB, A não pode ser testemunha, nem perito: pode, apenas, prestar depoimento de parte, ou confessar; C somente pode ser perito, ou testemunha. A testemunha exige-se ter assistido: depõe, pois. sobre percepções concretas pretéritas. O perito informa sobre máximas de experiência. O laudo pericial e o depoimento da testemunha diferençam-se em que aquele é exame presentativo, ligado ao que é, ainda que para refazer, em certos casos, o pretérito; e esse, exame *representativo* (mnemônico),

para expor o que foi, A testemunha percebeu os fatos antes de depor, independentemente de qualquer suspeita de que viesse a depor. O perito percebe os fatos (= é chamado a percebê-los), depois; e presta, a respeito deles, as suas comunicações de conhecimento. A testemunha não passa da narração, e dela não deve passar, salvo quando interrogada, se se lhe pede que explique os fatos testemunhados; porém, ainda em tais casos excepcionais, mais próprios para se pesar o valor do testemunho, os julgamentos, que dela provêm, são secundários, E sempre limitado o numero de pessoas que assistiram, a algum fato, ou a alguns fatos; muitas são as pessoas, trocáveis umas pelas outras, que podem ser peritos, ou o perito de um processo. Tal fungibilídade subjetiva lhes provém da *posterioridade* da percepção, em contraposição à *anterioridade* da percepção testemunhal, A semelhança do que aconteceu noutros sistemas juridicos, não faltou quem pretendesse excluir dos meios de prova a prova testemunhal, fixando-lhe limite conforme o valor mesmo do negócio jurídico.

O Código Civil, art. 135, parágrafo único, estatuiu: "A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal." No art. 141 — revogado pelo Código de 1973, ah. 401 —, acrescentou-se:

"Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos. cujo valor não passe de dez mil cruzeiros." Em vez de "contratos", leia-se negócios jurídicos: excluídos, pois, os outros fatos jurídicos, inclusive os atos ilícitos. No parágrafo único, disse"se: "Qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito." Prova por escrito, entenda-se, que emane do que se fez devedor, ou obrigado, ou está sujeito à exceção.

Ficam de fora: os negócios jurídicos que exigem a escritura pública como forma especial (art. 134; por pertinente, cp. o Decreto-Lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, art. 26) e aqueles que, por sua natureza, ou regra jurídica especial, podem ser concluídos oralmente, ou tacitamente, a despeito do limite. *E.g.,* promessa pública oral de recompensa pode provar-se por testemunha, qualquer que seja o seu valor; a locação de prédio pode ser oral. Se *houve* instrumento particular (art. 135, parágrafo único), ou público, de negócio jurídico, e foi destruído, ou perdido, ou por outro modo extraviado, a prova testemunhal está livre do limite; por aí se há de provar o fato da destruição, perda, ou extravio, e não o negócio jurídico, diretamente. Ao juiz apreciar os depoimentos e as circunstâncias, que antecederam

ao fato de que resultou faltar o instrumento, para que não se elida o pensamento mesmo do art. 141.

e) A presunção, a que se refere o art. 136, V, não é a chamada presunção legal *(praesumptio juris),* porque essa, em vez de meio de prova, é o conteúdo de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato, fato jurídico, ou efeito de fato jurídico (e.g., direito), sem que se possa provar o contrário *(praesump* tiones *iuris et de iure,* presunções legais absolutas), ou enquanto não se prova o contrário (presunções legais relativas). Tais presunções se distinguem, portanto, das presunções meios de prova, *praesumptiones facti* ou hominis, e das normas legais sobre provas, que fixam a força probatória do meio de prova. As presunções, de que cogita o art. 136, V, nem regulam a força probatória do meio de prova, nem são estabelecidas pela lei.

A força probatória das presunções, meios de prova, assenta em convicções (e normas) oriundas da experiência. A lei só se interessa por elas para as arrolar como meio de prova, ou para alusões à experiência do juiz. Dai não fixar ou inverter o ónus da prova, a respeito delas: o que delas deriva é prova ao primeiro exame, ou *prima facie.* emanada de verossimilhança que pode ser eliminada, se, verossimilhantes, se manifesta a afirmação contrária.

A distinção entre presunção *de iure,* ou legal. e presunçao *hominis* é assaz relevante em direito constitucional, Se o iuiz errou em adotar presunção *hominis,* salvo se em vez de presunção legal, o erro é de fato, e não de direito. Uma vez que não se trata de erro de direito, não cabe recurso extraordinário (2" Turma do Supremo Tribunal Federal. 25 de abril de 1947. *RF* 114 85 s,).

Os *exames* e vistorias (art, 136, VI) são meios de prova que consistem em enunciar alguém, que. de regra, não assistiu ao fato, ou fatos, de que se cogita, o que percebe sensorialmente e o que pensa sobre o que persiste, no momento, ainda como efeito, Ao passado só se remonta, nas perícias, partido-se do presente, que é o objeto único do exame ou vistoria, Ao contrário do que se passa com a prova testemunhal, que é, por definição, depoimento sobre o passado. O perito auxilia ao juiz. apontando fatos e conclusões que podem servir a enunciados de fato que o juiz emita.

g) O *arbitra mento,* a que se refere o art. 136, VII. concerne à perícia

que estima o valor *Vistoria* é inspeção ocular perícia pela vista: exame é inspeção que vai além da inspeção ocular e se pode prover de experimentação; o arbitramento só escolhe (arbitra) entre valores,

O Código Civil, art. 136, 1-VIl, inclui a *inspeçâo judicial,* que é toda assunção de prova feita pelo próprio juiz.

Dissemos, acima, que o figurante do negócio jurídico não pode testemunhar porque não está fora, testemunhando, mas fora, concluíndo-o, ao tempo em que o suporte fático entra no mundo jurídico. Assim, A não pode ser testemunha no negócio jurídico AR Se, porém, estamos no plano do direito processual, e a relação jurídica processual é entre A (ou B) e C, ou se o negócio jurídico foi entre A, B e C e a relação jurídica processual é só entre A e B, ou só entre A e C, ou só entre B e C, pode ou B, ou A, respectivamente, ser chamado a testemunhar sobre o negócio jurídico em que *também* figurou, Dá-se o mesmo em se tratando de atos jurídicos *stricto sensu* da estrutura AH, ou ABC, ou de quatro ou mais figurantes.

§ 348. Incerteza e ônus da prova

1. *Incerteza e prova.* A incerteza a respeito de fato jurídico, no mais amplo sentido, ou é, *em sua causa,* subjetiva, ou é objetiva. A incerteza quanto ao suporte fático, inclusive quanto a negócio jurídico que nele esteja como elemento-fato (e somente assim pode lá estar), não é necessariamente objetiva: pode ser subjetiva, porque a pessoa, que se acha em incerteza, não tem informes suficientes sobre o suporte fático.

Quanto à regra jurídica, que há, ou não há, de incidir, a incerteza pode provir de insuficiência do intérprete *(e.g.,* superficial conhecimento do direito), ou de defeito de termos, proposições, remissões, omissões, ou outra qualidade negativa de expressão da regra jurídica. Se a incerteza, quanto àsua causa, pode ser subjetiva, ou objetiva, a incerteza, em si mesma, somente pode ser subjetiva. Toda incerteza está em que alguém não se considera cedo, suficientemente informado, sobre algum fato, inclusive sobre regras jurídicas.

A incerteza é que recai sobre a regra jurídica, ou sobre o suporte

fático, *devido* (causa subjetiva ou causa objetiva) à deficiência do sujeito, que examina aquela, ou essa, ou à expressão do fato mesmo que entrou no suporte fático (e.g,. sobre a suficiência ou deficiência desse, ou àexpressão da regra jurídica). O que, lá fora, é, independe de ter sido mal expresso, ou de não estarmos a par do seu conteúdo; de modo que a incerteza, em si mesma, ocorre no sujeito, A esse *princípio da subjetividade de toda incerteza* atendem regras luridicas como o princípio *lura novit curia,* o principio "Ninguém se escusa com o ignorar a lei" (Decreto-Lei nº

4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 3"), o princípio "O juiz tem de aplicar a lei, ainda se lacunosa ou obscura" (Código de Processo Civil. art. 126, 1ª parte). e as regras jurídicas quanto a ônus *da prova,* inclusive nas espécies do art. 337 do Código de Processo Civil,

2. *Quem alega tem de provar,* O ônus vai ao que alega, ainda quando alegue fato, modificação, ou extinção, juridicização, ou saída do mundo jurídico, insuficiência ou deficiência do suporte fático. O registro e outros fatos registrários, a posse e o decurso de tempo, uma vez alegados, têm de ser provados. Provado um deles, o ônus de alegar e o de provar que não tem validade. ou eficácia, já se passam ao que tem interesse em alegar e provar, porque ocorreu no plano da *validade* ou da eficácia, que é outro que o da *existência.* Por onde se vê que as regras jurídicas sobre o ônus da prova nada têm com a incerteza dos suportes fáticos ou das regras jurídicas: são regras juridicas que supõem o princí *pio da subjetividade de toda incerteza;* e procuram obviar àdivergência entre pessoas que "apreciam" o mesmo fato. Só a respeito da regra jurídica é que se mantém incólume a toda a dúvida o principio da existência: *lura novit nu ria* (exceto. quanto ao juiz, nas espécies do art. 337 do Código de Processo Civil).

3.

Coincidência intersubjetiva de enunciados. Entre interessados, se um alega e o outro admite (admitido. no processo, como incontroverso, cf. Código de Processo Civil, art. 334. III), a prova resulta da coincidência intersubjetiva de enunciados; salvo se o contrário não resulta de *provas* (cp. art. 277, § 2ª, 2ª

parte, *e.g.).* O ônus da alegação vem antes do ônus da prova; e talvez não caiba pensar-se nesse, se as alegações, de um e do outro,

coincidem. Portanto, as regras jurídicas sobre ónus de provar supõem não-coincidência de alegações, — e não o processo, a lide, nem a *res dubia.* Nada há que justifique, portanto, dizer-se que o direito é incerto *(a fortio* ri, que é litigioso) quando há, apenas, circunstâncias que fazem presumir que o contestarão. A incerteza ésubjetiva: precisa estar em alguém; se há dois ou mais interessados, e um não faz a mesma alegação que os outros, ainda por seu silêncio, incerteza há, *nele.* Não se trata de situação jurídica, e sim de situação de fato, psíquica, que se pode estabelecer, antes de qualquer das outras alegações, pela negação liminar (alegação do contrário). Tal situação fática, que não é *qualidade* da relação jurídica (sem razão, E. Betti, Ragione e azione, *Rivista di Diritto processuale civile,* IX, 209), nem situação jurídica, cria a situação intersubjetiva de conflito entre *interessados* (diferente do conflito entre não-interessados, e.g., testemunhas e peritos). As regras jurídicas sobre *onus probandi* fixam a quem, em tais emergências. incumbe a prova. A incerteza, como a certeza, é subjetiva; donde pode dar-se uma ou outra, a despeito da coincidência, ou da não-coincidência: o devedor alega que não deve, embora tenha dúvida, ou saiba que deva; o devedor paga a dívida, embora tenha dúvida, ou saiba que não deve. A *litigiosidade* é que é situação jurídica, refletindo-se, como qualidade, na *res.* Mas, ai, o conflito de interesses é em juízo, já formada a relação jurídica processual.

4. *Incerteza subjetiva.* A incerteza — subjetiva, como é — não pode ser a causa do nascimento da ação. Se o que deve resiste àrealização do direito, ou da pretensão, ou se, à realização do direito, ou da pretensão, é preciso que o titular daquele, ou dessa, *aja,* ação há. As ações constitutivas de ordinário nascem e se exercem sem que tenha havido, na vida, resistência; porque constituir é *stituire cum,* e basta que o outro interessado fique inerte, ou tenha de ficar inerte, para que a ação nasça. A resistência, nesse sentido larguíssimo, compreende o negar a existência, a validade ou a eficácia, e o não-satisfazer, sem qualquer daquelas negações: apenas supõe "não", explícito ou implícito. Não se pode pensar em fundar a ação em *pathos:* cair-se-ia, assim, no corriqueiro e errôneo assimilar da ação à doença; menos ainda, a incerteza. Os sistemas jurídicos põem à disposição dos interessados meios de prova e meios de reconhecimento, dois conceitos que não podem confundir: não porque as relações jurídicas ou seus efeitos sejam patológicos ou objetivamente incertos; e sim porque há necessidade de *pax* entre os homens, pelo apagamento de *causas* ou *pretextos* de dúvida ou contrariedade a alegaçoes. Os meios de reconhecimento nem entram na classe das defesas próprias ou justiça de mão própria, nem na classe dos meios de prova. As três

classes têm os seus limites precisos. “Declarar”, “constituir”, “sancionar”, “mandar”, “satisfazer” são verbos que podem ser conjugados pelos juizes e pelos interessados; porem, numa e noutra hipótese, supõem-se alegações e provas.

Se o interessado erra, e resiste ao direito, à pretensão, ou à ação do outro, essoutro lança mão da tutela jurídica, indo contra o Estado, que lhe prometeu a infalibilidade do direito objetivo e a paz.

Quando *o* Estado *declara,* a prestação jurisdícional é *mais* do que a prestação do interessado que declara; se bem que não haja, quanto à natureza lógica, diferença, — ambos tornam claro enunciado de fato. Quando o interessado *constituí* a favor de outrem, que, no caso de sua inércia, ou resistência, teria direito. ou pretensão, ou ação, ou exceção para *constituir.* faz o que o Estado faria se lho pedisse o titular do direito, ou da pretensão, ou ação: apenas há o plus, que adveio, *ao Estado,* do monopólio da justiça. Não é preciso que haja realmente incerteza, Toda invocação de incerteza para se explicar a ida a juízo é de excluir-se. radicalmente.

O próprio interesse na declaração, a que se refere o art, 4ª parágrafo único, do Código de Processo Civil, não supõe incerteza. *A Fortiorii,* o interesse na condenação. O não ter solvido é que importa; e isso nada tem de subjetivo.

§ 349. Eficácia da confissão

1. *Distinção liminar.* A eficácia da confissão, assim judicial como extrajudicial. é a comprovação dos fatos a que se refere. Judicial, tal eficácia perdura em qualquer grau da justiça. tenha, ou nao. havido *animus confitendi,* Extrajudicial, tal eficácia pode ser levada ao processo: e, no que ela é, exclui a possibilidade de refutação dos fatos confessados, — não há diferença entre os seus efeitos como prova no processo e como prova no direito material, Tentou M. Pagenstecher *(Zur Lebre von der materiellen Rechtskraft,* 218-222) mostrar que a *eficácia* no *processo* se distingue da *eficácia materialística* (quanto ao direito discutido). mas ele mesmo teve de convir em que a eficãcia no processo seria conseqtiência da outra. Antes. A. Wach (Prozessvollmacht und Finrede. *Zeitschrift fúr deutschen Zivilprozess,* 27, 14, nota 16) via a eficácia materialistica como a eventualidade da

eficácia no processo. Não há, porém. distincão: salvo onde o direito processual. em virtude da forma do processo, cerceia ou amplia os meios de forma, esses pertencem ao direito material. Qualificacão diferente alteraria o sistema jurídico; e o art. 332 do Código de Processo Civil bem revela qual a qualificação adotada no direito brasileiro. Aliás, fato que não escapou a A. Wach. nem a M. Pagenstecher, poderia ter convencido, a ambos, de que a confissão extrajudicial não se diferença, em natureza e eficácia, da confissão judicial: não é só a ação que é fortalecida; é toda a pretensão, se prova faltava: demais, o que é processual é o remédio, a "ação"; a ação é de direito material, Nem é verdade que a confissão extrajudicial somente pode ter eficácia se houver questão e for levada a juízo: a questão é acidental: o incremento, que resulta da eficácia probatória da confissão, pode ocorrer antes e independentemente do processo, A sua relevância é própria, como meio de prova, que é, e foi produzido. Se houve contrato de reconhecimento, ou, em geral. negócio jurídico declarativo e, depois, outro, mais abrangente, o primeiro é posto de lado: a confissão, não; só é retratável, nos casos que a lei aponta; outra confissão posterior, de si só, não a tornaria irrelevante.

2, *Valor probatório.* A confissão judicial, ou a extrajudicial, que se leva a juízo, tem valor probatório que depende da pessoa, que a fez, e das circunstãncías em que foi feita, Enquanto não for retratada (não se disse no Código de 1939, art. 231, 2ª parte, "revogada", porque não há manifestação de vontade, pelo menos preponderante, mas *verba enuntiativa; aliter,* no Código de 1973, art, 352), tem a sua eficácia. Judicial, ou extrajudicial, pode dar causa à anulabilidade, por ação de invalidade do ato confessório, o erro, como o podem o dolo e a coação, ou por ação rescisória da sentença, que em tal confissão se fundara, tenha sido o único, ou um dos fundamentos, Advirta-se em que quem retrata também retira voz, mas aí a *vox* é elemento que integra confissão, enquanto conteúdo de comunicação de fato, de conhecimento, e não de vontade. Por isso, se a parte *quis* confessar, mas errou na confissão, ou se houve dolo que a levou á confissão, ou confessou sob violência e, assim, não queria declarar o que declarou, o que se busca não é a retirada da *voz* que integra o ato, mas a anulação de todo o ato, ou a rescisão do *decisum* que nele se fundou, conforme pendente o processo em que ele se deu, ou não mais, porquanto trânsíta em julgado a sentença que nele se deu.

3.

Natureza da confissão extrajudicial. Alguns juristas tiveram a confissão extrajudicial como negócio jurídico, por ser declaração de vontade. Outros, como Oskar Biilow *(Das Gestàndnisrecht,* 175 s.), posto que nela vissem declaração de vontade (devido àconcepção bfllowiana do negócio jurídico), a excluiam da classe dos negócios jurídicos (antes dele, Edicard Môlder, Uber Resolutivbedingungen und Endtermíne, *Kritische Vierteljahrsschrift,* 18, 180): em vez de, como os negócios jurídicos, criar normas, a confissão extrajudicial (argumentavam) nenhuma finalidade normativa possui. Outros malbarataram tempo em frisar que só se confessa, com interesse prático e proveito, se há incerteza; sem advertirem em que tal indagação em nada contribuiria para se aclarar a natureza da confissão extrajudicial: meio de prova, tanto impor taria que provasse o certo quanto o duvidoso. Tal pesquisa logo se demonstrou inútil. A concepção da confissão extrajudícial como negócio jurídico ainda teve defensores em Julius Siegel (Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 111, 70) ei‟ Trutter *(Uber prozessualische Rechtsgeschdfte,* 375); na Itália, G. Gorla *(L‟Assegnazione giudiziale dei crediti,* 42), M. Giorgianni *(II Negozio d‟accertainento,* 162) e outros. Concepção, essa, definitivamente superada, que se fundou em grave confusão entre a confissão extrajudicial e o negócio jurídico declaratório ou recognoscitivo unilateral. Trata-se de meio de prova, que provém de manifestação unilateral de conhecimento.

Pretendeu-se negar à confissão extrajudicial o ser meio de prova, por si, isto é, sem ser como um dos indícios (meio de prova indireto, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* III, 248); e até sem qualquer eficácia probatória, por ter de demonstrar-se (A. Heusler, Die Grundlagen der Beweisrecht, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 62, 209; A. Wach, Das Gestãndnis, *Archiv, 64,* 216). A confissão extrajudicial é meio de prova (art. 136, 1); é ato jurídico stricto sensu; não faz a prova que a confissão judicial ordinariamente faz, porém a diferença não é tal que se tenha de excluir a confissão extrajudicial do rol dos meios de prova, para somente se atender a ela como indiciária. Resulta da própria experiência da vida que, de regra, o que se confessa é verdadeiro, posto que possam intervir circunstâncias subjetivas e objetivas, como a morai do confessador, a coação provável, o erro, o ardil usado pelo interessado ou por terceiro (circunstância objetiva). O direito brasileiro não reconhece o *contrato probatório* que pré-exclua a reputação do fato confessado (ci. O. BUlow, *Das Gestãndnisrecht,* 181).

4.

Confissão e *negócio jurídico de reconhecimento.* A confissão extrajudicial contém declaração de verdade (= enunciado de fato), como a confissão judicial. O fato, que ela declara, pode ser negócio jurídico anterior, declaração de vontade, ou fato jurídico não-negocial. A sua eficácia é probatória; não, negocial. *O*

negócio jurídico de reconhecimento é *outra coisa.* Os efeitos da confissão extrajudicial são, portanto, independentes da vontade do confitente, ou da recepção, ou, *a fortiori,* da aceitação da outra pessoa, a quem aproveite. Nem é preciso, sequer, o *animus confitendi.*

A confissão extrajudicial é empregada, de ordinário, como documento, para se dar ao que tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção, a prova daquele, ou de qualquer dessas. A sua eficácia é independente da vontade do que confessa, porque não se trata de negócio jurídico; pode ocorrer ainda que não lhe tenha querido os efeitos o confitente (R. Pollal□, *Gerichtliches* Gestàndnis, 110 5.; H. Wittmaak, Das gerichtliche Gestãndnis, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 88, 5 s.; O. Búlow, *Das Gestàndnisrecht, 44;* L.

Rosenberg, *Stellvertretung irn Prozess, 94).* Ainda quando inserta em negócio jurídico unilateral, ou bilateral, não se há de pensar em manifestação unilateral de vontade, ou em consentimento. Nem é suscetível de condição ou termo. Tampouco, caberia no sistema jurídico brasileiro o chamado "contrato probatório", ou negócio jurídico obstativo da refutação da alegação de alguém.

5. *Retratação.* Tentou-se tirar do fato de se permitir no direito anterior a retratação da confissão, em caso de erro, dolo, ou violência (Código de Processo Civil de 1939, art. 231, 2ª e partes), argumento a favor da tese de ser a confissão negócio jurídico (e.g., E Stein. *Das private Wissen des Richters,* 91). Sem razão: o erro, ainda nos negócios jurídicos, supõe enunciado de fato, que aí estaria à base da manifestação de vontade, e o seu campo próprio é, portanto, o das *verba enuntiativa;* dolo ou violência pode haver, indiferentemente, em negócios jurídicos e em atos jurídicos não-negociais, inclusive em atos possessórios. A limitacão da retratabilídade é elemento conceptual da confissão: não seria meio de prova se fosse *sempre possível* a retratação.

Por influência de Mascardo, o direito anterior ao Código Civil

considerava a aceitação pela outra pessoa requisito da eficácia da confissão extrajudicial; pelo menos, para a sua irretratabilidade. As Ordenaçóes Filipinas (Livro IV, Título 18) não permitiam tal ilação, pois figurava a hipótese de ser feita na ausência da outra parte. Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus de Executionibus,* III, 18) disse que

"confessio extraiudicialis. parte praesente facta. plene probat" porém a lição de Antônio da Gama, na decisão 336. nv 76, era diferente. "Confessio facta absente parte, si fiat in instrumento, probationem inducit quoad confitentem tantummodo": reafirmou-o Bento Pereira *(Promptuari um Iuridicum.* 75). Manuel Gonçalves da Silva *(Commen tarja,* II, 210 e 247) repetiu a concepção alienígena; em verdade, Manuel Mendes de Castro *(Practica Lusitana.* II, 136 s., 139) contentava-se com a presença de testemunhas.

Eliminou-se, porém, no Código Civil, a exigência da presença do beneficiado, bem como toda recepção ou aceitação, e o Código de Processo Civil de 1939, art. 232, como o de 1973, art. 353, mostraram, claramente, que se repeliu a influência dos juristas estrangeiros. Com proveito para o sistema jurídico.

§ 350. Traslado, certidões e públicas-formas

1. *Conceitos.* Traslado, *lato* sensu. é qualquer cópia. Traslado, *stricto sensu.* é o *duplo* do que o oficial pôs nas suas notas:

passa-se para outro papel, traslada-se, aquilo a que se deu forma pública. Tal o conceito originário e puro. O

art. 139 veio permitir que o escrivão do juízo, a cujos autos se juntou instrumento público, traslade, com a mesma eficácia, o instrumento público produzido (traslado de traslado). A fé, com que se contemplavam os tabeliães, não foi tão completa, a princípio, que se lhe atribuísse tirar traslados sem concerto com os figurantes, ou figurante, ou por outro tabelião (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 79. § 6, *verbis* „tanto que forem transladadas as concertarão com outro tabelião, que lhes porá o concerto ao pé"; Título 80, § 15, *verbis* "sejam lidas e concertadas perante as partes, se a isso quiserem ser presentes", "quando não forem presentes, sejam concertadas por outro

tabelião, o qual porá o concerto"). O art. 138 veio operar a evolução técnica, dispensando o concerto nos traslados de instrumentos e documentos lançados em notas dos oficiais públicos *(aLter,* quanto aos escrivães, salvo na espécie do art. 139). Também a princípio se exigia a *provisão* (Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 78, § 19, *verbis* „depois que o tabelião der uma vez instrumento pela nota à parte, a que pertencer, não lhe dará mais outro por nenhuma causa, nem razão, que lhe alegue, salvo havendo para isso nova Carta", isto é, do Rei, por ordem do Desembargo do Paço). O Alvará de 27 de abril de 1647 derrogou o § 19, permitindo a extração de *segundo* traslado, sem provisão, se jurassem as partes não saberem do primeiro. Ou, entende-se, jurando-o uma e sendo citada a outra. Hoje, podem ser passados tantos traslados quantos os figurantes queiram, ou o juiz, para interesse público, defira a alguém. Certidóes, essas, desde sempre, se extraem a pedido de qualquer pessoa, sem necessidade de despacho do juiz, e nunca dependem de concerto.

Enquanto o traslado é cópia e tem a eficácia de cópia, de duplo, a certidão é declaração do oficial público de que o que ele enuncia, ou transcreve, consta das suas notas, ou dos autos. A responsabilidade do oficial público, no traslado, é a de quem afirma a fidelidade da cópia; na certidão, é a de quem empenha a afirmação de fidelidade do que reproduz, pela certeza que assegura. O conteúdo do traslado é o que foi copiado: o conteúdo da certidão é o fato que se certifica. Se o oficial público certifica de inteiro teor, traslada mas acrescenta que certifica; se o oficial público somente traslada. apenas afirma a fidelidade da cópia. Se ao oficial público se pede o traslado da escritura, não mais pode fazer que copiá-la, duplicá-la; se ao oficial público se pede a certidao sem ser de inteiro teor, o oficial público apenas diz que aquilo de que se trata consta, ou não consta, ou que ocorreu, ou não ocorreu. A certidão de ocorrência não é cópia: é certidão sem conteúdo de duplicação. A certidão de certidão é certidão com conteúdo de certidão que talvez não no tenha.

O traslado, porque sempre duplica, nunca pode ser sem conteúdo. O conteúdo máximo da certidão não é o inteiro teor porque pode haver fato, além do que se copia (e.g., "certifico que do livro de notas consta o contrato x e que após a assinatura da última testemunha, antes de ser entregue o traslado, o contraente A faleceu, entornando o tinteiro, razão por que está manchado de tinta o livro"). O traslado não pode ser mais do que duplo.

A pública-forma é a forma que o oficial público cria, reproduzindo o

instrumento particular que se lhe apresenta. Não se publiciza o instrumento público; apenas é pública a origem da cópia: não há mais do que duplo. Nem se conhece, no direito brasileiro, publicização do instrumento particular. O registro, nos ofícios públicos, *publica,* não *publiciza.* Publicização só ocorre se é o oficial público que dá a forma, originariamente; publicidade acontece se há registro, ou edital, ou outro modo de publicação. A pública-forma é apenas operação de cópia pelo oficial público, o que exige conferência e concerto por outro oficial público: a forma, privada ou pública, serve ao duplicado pelo oficial público. Donde o idiotismo da terminologia luso-brasileira: pública-forma e forma pública são dois conceitos diferentes. Pela forma pública, publiciza-se. e publica-se (se bem que nem sempre suficientemente, tal como acontece com as escrituras públicas que precisam de registro público, como a de transferência de imóveis); pela pública-forma não se publicíza nem se publica: aí, o oficial público somente copia.

2. *Pública-forma* A pública-forma é cópia, sem ter a eficácia da certidão, nem a do traslado de notas. Por isso mesmo, apenas se refere ao original que o oficial público copiou e não ficou em seu cartório. Apenas se pediu ao oficial público que o copiasse, com os eventuais reconhecimentos de firmas, que contenha. Tem a pública-forma a função de fazer a mesma prova que o original. enquanto esse não é de mister para se repelir ataque ao documento exibido. Pode-se dizer que a sua eficácia é provisional, no que se distingue do traslado de notas e das certidões, mais daquele do que dessas. Rigorosamente, há gradação entre a eficácia do traslado de notas, da certidão e da pública-forma, porque, em certas circunstâncias, pode ser preciso examinar-se ou apresentar-se o livro de notas (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* IV, 58), para se conferir com ele o traslado, ou se completar alguma prova contra ele. A pública-forma não certifica, nem, com mais forte razão, se identifica com a forma original pública, ainda quando se trata pública-forma de instrumento público.

No Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 153, dizia-se: „Ajuntando-se cópia, pública-forma ou extrato de algum documento original, feito sem citação da parte (art. 137), não farão prova, salvo sendo conferidos com o original, na presença do juiz, pelo escrivão da causa, ou por outro que for nomeado para esse fim, citada a parte ou seu procurador, lavrando-se termo da conformidade ou diferenças encontradas. Se a parte interessada convier em que seja dispensada a

conferência, as sobreditas cópias, pública-forma ou extrato valerão contra ela, mas não contra terceiro." O art. 153 referia-se a qualquer documento, público ou privado, tanto assim que o art. 154 somente excluia "as certidões extraídas das notas públicas ou dos autos pelos tabelíães e escrivães", para dizer que "fazem prova independente da conferência". As certidões administrativas têm o valor de prova contra o Estado (União, Estado Federado ou Município), como se dava ao tempo do Império (administração geral, administração provincial, administração municipal), segundo a sua procedência. Produzidas em juízo, são como os documentos particulares (Código Civil, art. 136, III:

"documentos públicos ou particulares").

Para qualquer prova de direito real, as certidões passadas por funcionários públicos, relativas a atos administrativos, nomeadamente fiscais, nenhuma prestabilidade têm, ainda que os originais existam. Direitos reais, de valor acima do previsto no art. 134, II, e reajustável segundo as diretrizes do § 6ª, só se provam, desde o Código Civil, por escritura pública. Quanto a direitos reais constituídos antes do Código Civil, certidão de funcionário público, em matéria administrativa, nunca foi prova de domínio, ou de outro direito real. Não seria título para registro, porquanto, segundo a legislação vigente desde a Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, e o Decreto nº 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 77, §§ 1ª-3ª, se exigia a escritura pública, ou escrito particular, assinado pelos figurantes, com reconhecimento pelo oficial de registro, selado devidamente e acompanhado do conhecimento do imposto de transmissão. No direito anterior a 1864, as doações que, pelo valor, não tinham de serem insinuadas, se provavam por qualquer meio de prova; todavia, o simples pagamento da sisa não bastaria para prova; seria, quando muito, indício de prova, mas bem fraco indicio, se desapareceram os textos do arquivo. Por outro lado, a prova do contrato não é a prova da transmissão do direito real, e não no era tampouco naquele tempo.

Alguns documentos públicos servem de base ao exercício da pretensão fiscal, — sem que tenham fé pública, como os atos e certidões dos tabeliães e escrivães (arts. 136. li, 137-139). Se a *lex specia lis* diz equiparar a eficácia de algum deles à eficácia da escritura pública, não os faz escritura pública; tal equiparação é só no efeito do ingresso em juízo em cognição *incompleta* (Código de Processo Civil, e.g., art.

585, V; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, arts. 1ª e **2ª**), tal como se passa em relação a alguns documentos particulares (Código

Comercial, arts. 21, 52, 569, 586, *587* e 633; Código de Processo Civil, art.

585, 1,11-e 4ª partes, III, IV e VII; Lei nº 8.906. de 4 de julho de 1994, art. 24, 2ª parte; Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 27, e.g.). Só se atribui fé pública ao ato e certidão do funcionário público administrativo quando se lhe confiou função de instrumentação de atos jurídicos, ou de registro, e a *lex specialis* foi explícita quanto à fé pública, — ambas inconfundíveis com as funções de lançamento, cálculo, procedimento e outras. As funções de instrumentação e de registro são, aí. as de *juiz cartu lar.* nos primórdios do direito ocidental. de que provieram as dos tabeliães e escrivães. As carteiras e passaportes não gozam de fé pública; apenas têm por si presunção de verdade. Não se precisa de ação constitutiva negativa, com rito ordinário, para lhes ser decretada a nulidade ou falsidade.

Sem a *lex specialis,* que estabeleça a fé pública, não há fé pública. Se ela apenas diz que tem valor de escritura pública, ou que se equipara à escritura pública, apenas lhe confere efeito de presunção de verdade, *que pode ser elidida.* O art. 859 do Código Civil contém a regra jurídica sobre presunção: "Presumese pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu. ou transcreveu." A fé pública está alhures (arts.

530, 1, e 531).

3.

Conteúdo do art. *138* do *Código Civil.* Diz o art. 138: "Terão também a mesma força probante os traslados e as certidões extraidas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas." O art. 138 teve antecedentes no Projeto de Felício dos Santos (art. 348) e no de Coelho Rodrigues (art. 393), do qual o Projeto primitivo tirou o art. 149. Prevaleceu a geralidade daquele primeiro Projeto, pois os dois outros só se referiam a tabelião. Apagou-se, assim, a lamentável distinção que se fazia entre o valor probatório do primeiro traslado e dos outros, de modo que é hoje anacrónico falar-se de primeiro traslado.

Há traslados e há certidões, que provam como o original, salvo alegação e prova, pelos meios de direito, que elidam essa equipolência. Longe vai, portanto, o tempo em que não se podia executar hipoteca sem o primeiro traslado e quejandas velharias,

como a de se transferir propriedade e posse mediante simples entrega e quitação no primeiro traslado.

4.

Traslados de *escrivães que precisam, ou nâo,* de concerto. Diz o art. 137: "Farão a mesma prova que os originais... os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados." O art. 138 dispensou o concerto dos traslados e certidões se os extrai o oficial público de seu livro de notas. O art. 137 só se refere a atos em juízo, a peças judiciais. ao que conste do protocolo das audiências, ou de qualquer livro a cargo do escrivão do juízo. Os traslados. que o escrivão tire — não as certidões — precisam ser concertados; todavia, uma vez que algum instrumento público foi produzido em juízo, o traslado não precisa de concerto (art. 139). Por quê? Porque a responsabilidade cabe ao escrivão. que a isso se expós, devendo conhecer a eficácia probatória do que trasladou.

5.

Conteúdo do art. 139 do Código Civil. Diz o art. 139: "Os traslados, ainda que não concertados, e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato." Se algum instrumento público se juntou aos autos, o escrivão do juízo pode dar traslado ou certidão. Então, tal traslado ou certidão faz a mesma prova que *o* original. Assim também escrevera no seu Projeto Coelho Rodrigues (art. 394). Os comentadores que não entenderam o Código Civil, a despeito da sua clareza, perderam o seu tempo. O art. 138 dispensou o concerto dos traslados de instrumentos e documentos lançados nas notas do oficial público; nele não se dispensou o concerto dos traslados de *autos* (art. 137). O art. 139 dispensa o concerto, se o traslado é de instrumento público junto aos autos. As leis são feitas para serem entendidas; não, para serem zurzidas pelos que não se dão à canseira de as penetrar. Traslados de petições, traslados de recursos, traslados de embargos de executado, ou de terceiros, ou de oposições, precisam de concerto, bem assim traslados de peça judicial, do protocolo das audiências, ou de livro a cargo do escrivão. Se foi junto instrumento público, ou documento público, o traslado não precisa ser concertado; precisaria de concerto, se não houvesse o art. 139, pois seria traslado dos autos. Os traslados de depoimentos precisam de concerto, ainda se constam do protocolo da audiência.

Qualquer traslado de instrumento particular junto aos autos é dependente de concerto, como a pública forma que se tirasse. O escrivão pode dar certidão do que consta dos autos, sem haver concerto, o que seria contra os princípios; o traslado, fora da espécie do art. 139, dele sempre precisa.

Se, retirado dos autos algum documento, dele ficou cópia, a certidão, que dele extraira o escrivão, não é certidão de ato do processo. A incidência do art. 139 também não pode dar-se, porque tal regra jurídica supõe que o original permaneça nos autos. O art. 139 supõe: *a)* produção em juízo de instrumento público; *b)* extração do traslado, ainda que não concertado, ou certidão de tal documento. Não se cogita, aí, de traslado ou certidão que o escrivão dê de instrumento particular, junto aos autos. O que se enuncia, no art.

139, é que, se foi junto algum instrumento público, o traslado, ainda não concertado, ou a certidão faz a *mesma* prova. Previu-se, tão-só, a traslabílidade ou certificabilidade pelo escrivão do juízo se aos autos foi junto e continua junto instrumento público alhures elaborado (cf. 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de setembro de 1945, RT 163/192; 4ª Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de agosto de 1939, 121/199: "A não ser assim, haveria para as relações absoluta falta de garantia. Um documento adrede falsificado seria junto aos autos de um procedimento judicial qualquer e em seguida desentranhado.

Com certidão do inteiro teor do documento falsificado estaria qualquer pessoa habilitada a prejudicar direitos de terceiros e ficaria dispensada de provas quanto à validade e correção do documento original.

Estaria descoberto meio fácil e expedito para inatacabilidade de documento imprestável"). O princípio da mesmeidade da prova, por certidão ou traslado, do instrumento público junto aos autos, é paralelo ao da mesmeidade da prova, pelo traslado, conferido e concertado, ou pela certidão, ou pela pública-forma, do instrumento particular junto aos autos.

Os depoimentos prestados noutro juízo podem ser invocados, como meio de prova indiciária: ou se junta traslado, concertado por outro escrivão, ou certidão. O art. 137 nada tem com os instrumentos produzidos pelas partes, porque desses só se tira certidâo, ou *pública-forma,* conferida e concertada (3ª

Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 21 de maio de 1937, *RT* 111/539), o que não dispensa produção do original, se for exigida, ou a indicação do processo em que se produziu e onde se acha (raciocinou errado com o art. 137 o Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 4 de dezembro de 1939. *RT* 125/221, pois o art.

137 somente se refere a peças judiciais, do protocolo das audiências, ou de livro a cargo do escrivão). Por outro lado, a pública-forma do instrumento público não tem a força probante desse (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de setembro de 1944, *RT* 155/705; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de novembro de 1946, 165/762).

6. Certidões. Certidão é a afirmação do oficial público quanto ao que consta das suas notas, ou dos autos.

Qualquer pessoa a pode pedir. Não precisa ter sido figurante do ato jurídico, nem alegar interesse de agir. Se o oficial público o nega, sem se tratar de ato jurídico ou documento que deva estar em sigilo, por força da lei. o juiz competente tem de mandar ao oficial público que a dê. Tratando-se de autoridade administrativa, rege o art. 5K XXXIII, XXXIV, *b,* e LXXIII, da Constituição de 1988, com todas as suas conseqüências.

Sempre que o direito privado atribui eficácia de *publicidade* ao ato do oficial público não é de mister alegar-se e provar-se que se precisa para defesa de direito. A certidão, a que se refere o art. 137, é a certidão que se extrai de qualquer das peças de que se falou; as que o escrivão diz ter extraído de "elementos do cartório", ou do que não consta dos autos, não faz qualquer prova (Supremo Tribunal Federal, 27 de novembro de 1920, *RST* 30/104 5.; 2ª Câmara da Corte de Apelação cio Distrito Federal. 8 de agosto de 1916, RD

42/549).

A certidão, quer de inteiro teor, quer não, apenas põe por certo que a peça — ato ou documento junto —

existe no cartório, ou nos autos do processo, tal como se diz. Não empresta qualquer eficácia probatória ao ato mesmo, ou ao documento junto; e.g., não torna público o instrumento particular junto aos autos. Mas tem a eficácia de instrumento público se se refere

a instrumento público junto aos autos (art. 139).

O traslado, de acordo com o art. 137, ou a certidão, passada pelo escrivão, de peças que constem de autos restaurados (Código de Processo Civil. arts. 1.063-1.069), depois de trânsita em julgado a sentença de reforma, tem a mesma fé pública que o traslado, ou a certidão referente aos autos originais, enquanto esses nao aparecerem e forem apensados aos da reforma (Luís Francisco de Miranda. *Guia* Teórico e *Prático,* 305).

7. Firmas *reconhecidas.* Os instrumentos com firma reconhecida somente levam a mais a afirmação do tabelião de que foram firmados pelas pessoas a que se atribuem. Nenhuma proposição há do tabelião quanto ao conteúdo, tanto mais quanto podem ser reconhecidas firmas de documentos em branco, ou em parte em branco (devendo o oficial público dizer que está em branco) e o próprio reconhecimento da letra e firma somente concerne aos sinais alfabéticos e outros sinais, como os algarismos, que no documento estejam, e à firma, sem se aludir ao que com eles se diz. No direito brasileiro, o reconhecimento de firma não é por ter o oficial público estado presente à assinatura: tem-se, também, o reconhecimento pela comparação com a assinatura que está no fichário do tabelião, ou no seu livro de firmas. Em caso de culpa, ou dolo, responde segundo a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 28. Tratando-se de instrumento público, o reconhecimento de firmas há de ser por outro oficial público, que tenha tal atribuição, porque a firma que há de ser reconhecida é a do oficial público que instrumentou, ou a desse e a do oficial público reconhecente.

§ 351. Testemunhas e depoimentos

1.

Dever e ônus. Discute-se se o depor é dever, ou apenas o *nus.* (Prata-se de dever dever de comparência e de depoimento (E. Klein, Die *schuldhafte Parteihandlung,* 49; R. Schmidt. *Lehrbuch,* 351, nota 2; li.

Rosenberg, Die *Beweislast,* 71). ou de ônus? No direito brasileiro. nao e dever, é ónus; toca ao autor, ou ao réu, ou a outro figurante. não

como tal, e sim como meio de prova. Não se equipara ao dever da testemunha.

Basta, para se ver isso, compararem-se os arts. 343. § 2ª, e 412. § II, 414, § 2ª. e 415. parágrafo único do Código de Processo Civil, e os arts. 186, 203. 206. 218-222 do Código de Processo Penal.

2. *Testemunhas* instrumentárias. As testemunhas, a que se refere o art. 136, IV, do Código Civil, são as testemunhas instrumentárias, — testemunhas voluntárias dos atos jurídicos. Não há, para tais pessoas, dever ou õnus de presenciar ou presenciar e assinar. Há, porém, o de servirem de testemunhas processuais, se arroladas; então, têm o dever de testemunhar sobre o seu testemunho instrumental, dito dever de confirmar ou não. O art. 136, IV, só entende com as testemunhas dos atos jurídicos *lato sensu;* não com as testemunhas de atos-fatos jurídicos, ou de fatos jurídicos *stricto sensu.*

3.

Conteúdo do art. 141 e *parágrafo* único do *Código Civil (Código* Comercial, *art. 123). O ort. 401 do Código de 1973.* O art. 141 não pré-excluia qualquer prova testemunhal acima do valor legal, que, para os contratos de direito civil, era de mil cruzeiros, para os contratos de direito comercial, quatrocentos cruzeiros (Código Comercial, art. 123, alínea 1ª: "A prova de testemunhas, fora dos casos expressamente declarados neste Código, só é admissível em Juízo comercial nos contratos cujo valor não exceder quatrocentos mil réis") e que, pelo Código de 1973, art. 401, é acima do décuplo do salário mínimo. Apenas não se há de considerar prova bastante por si só, plena (art. 141, *verbis* "exclusivamente testemunhal"). Admite, pois, que se complete com outras. Não somente com o começo de prova por escrito (= prova escrita não-plena). E

certo que o art. 141, parágrato único, diz que, "qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito", mas tal explicitação não pré-exclui que outros meios de prova completem a prova testemunhal, nas espécies de que cogita o art. 141; e tal há de ser a inteligência do direito brasileiro a despeito do "somente" que está no Código Comercial, art. 123, alínea 2ª:

"Em transações de maior quantia, a prova testemunhal somente será

admitida como subsidiária de outras provas por escrito," A interpretação certa foi adotada por todos os julgados que admitiram a prova completante da confissão, da presunção e dos indícios etc. (cf. & Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de maio e 6 de junho de 1947, *RT* 168/169/665/687; sem razão a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 26 de novembro de 1946. *PJ* 45/64).

O art. 141 referia-se (Corte de Apelação do Distrito Federal, 22 de junho de 1916, *RD* 42/172" 3ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de janeiro de 1939, *Di* de 28 de julho de 1939), implicitamente, à possibilidade de elemento de prova que, junto à prova testemunhal, servisse e bastasse a provar o ato jurídico do valor de mil cruzeiros ou mais, e o mesmo se passa com o art. 401 do Código de 1973, quando esse valor excede o décuplo do salário mínimo. Tal elemento pode ser: *a)* a confissão daquele que. segundo a alegação, é devedor ou devedor e obrigado; /4 ato processado em juízo; c) começo de prova por escrito (2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 16 de junho de 1937, *RT* 110/665: "todo escrito emanado do devedor, ou de pessoa que o represente, e capaz de tornar resolúvel o fato alegado"; & Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de novembro de 1948, 178/750, ação de cobrança fundada em vale; cf. ii Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de agosto de 1947, 170/226: „Não constitui começo de prova por escrito o documento que não é assinado pelo devedor"); *d)* presunções *honiinis* e indícios; e) a não-contestação de fatos alegados pelo autor ou pelo recorrente, se não informadas por outro meio as alegações (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de julho de 1946, 163/748, porque resultava do art. 209 do Código de Processo Civil de 1939: "O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como veridico, se o contrário não resultar do conjunto das provas"); fl os exames periciais e arbitramentos, no que toca às questões que digam respeito à prestação por um dos contraentes e outras questões em que a prova testemunhal precise, segundo o art. 401, de se completar *(e.g.,* na espécie do art. 1.218); g) a prova oriunda dos livros comerciais nos termos do art. 123 do Código Comer cial: "A prova de testemunhas, fora dos casos expressamente declarados neste Código, só é admissível em juízo comercial nos contratos cujo valor não exceder a quatrocentos mil reis.

A confissão extrajudicial para completar a prova testemunhal, nas espécies previstas pelo art. 401, não pode ser a provada por testemunhas (João Mendes de Almeida Júnior, Direito *Judiciário*

Brasileiro, 225; 2ª

Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo. 28 de setembro de 1944, *RT* 154/163; cp. 3ª

Câmara. 10 de novembro de 1943, 154/165); porque, então. só haveria provas testemunhais. Não constituem, por exemplo, começo de prova por escrito: o lançamento feito pelo credor nos livros do próprio devedor (35

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de agosto de 1943, *RT* 148/219); o escrito emanado de outrem que não o devedor (sem razão, Tribunal de Apelação do Piauí, 29 de setembro de 1938, *RT* 120/241).

O documento assinado a rogo não é destituído de todo valor de prova, mas não é começo de prova por escrito.

Dentre as presunções *hominis* está a de que, estando alguém a habitar a casa de outrem, se presume locatário, ou, se há fornecimento de comida, hóspede com contrato misto. Os juizes levaram o problema do completamento da prova testemunhal para o terreno da doutrina estrangeira e até de anteprojetos de leis não levadas ao Congresso Nacional (e.g., *RSTF* 22/199). As espécies freqüentes são a locação de imóveis, a locação de serviços e o contrato de mediação ou de intermediário. Alguns acórdãos aludiram à natureza do contrato (e.g., 35 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 26 de dezembro de 1946, *PJ* 29/ 62).

Outros, acertadamente, apenas enunciaram que, ainda a respeito de tais contratos, a prova testemunhal há de ser completada por outra, ou outras, a fim de que se dê o convencimento do juiz (55 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de maio de 1948, *T-?T* 175/245). Naturalmente, não se podem acolher os acórdãos que exigem que a prova completante seja o começo de prova por escrito (e.g., 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 1ª de fevereiro de 1943, *Minas Jurídica,* 1, 74), o que seria, noutro problema, volver à interpretação superada do art. 123. alínea 2ª, do Código Comercial (Código Civil, art. 141. e Código de Processo Civil, art. 402, 1). Alguns acórdãos chegaram ao absurdo de dizerem que, na empreitada e na parceria rural, se prova o fato, e não o contrato, de modo que o art. 141 do Código Civil, hoje art. 401 do Código de Processo Civil, não incidiria (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de agosto de 1948, *ET* 176/705; 35 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, 7 de julho e 13 de dezembro de 1949, *PJ* 31/388 e 415). Igual erro nos acórdãos da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo. a 3 de outubro de 1944, quanto â locação de serviços *(RT* 156/608; 1W 101/324), e a 5 de setembro de 1944, 153/228 s.. quanto ao contrato de mediação. Outros admitiram, a puro arbítrio, a prova testemunhal só (2ª

Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 23 de novembro de 1943, *PJ* 39/290), ou outros meios (1ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de setembro de 1943, *RT* 148/240). Tampouco se precisa discutir se o art. 401 incide, ou não, em matéria de gestão de negócios, que é ato jurídico *stricto sensu,* e não contrato (quanto ao art. 141, 55 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de março de 1950, *RT*

186/821, que contém conclusão certa e fundamentos errados, *e.g.,* não poder haver prova escrita de gestão de negócios). Quanto à empreitada, as instruções escritas são exigidas para se cobrar acréscimo de preço, alterar ou aumentar a planta ajustada (art. 1.246; 55 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de fevereiro de 1950, *RT* 185/334).

4.

Nâo-incidência do art. 401 (Código Civil, art. 141, e (Código *Comercial, art. 123, alínea 1ª). (a)* Se há regra legal que permita a prova testemunhal exclusiva (o art. 141 estatuía: "Salvo os casos expressos..."), o art. 401, a exemplo do que ocorria com o art. 141, não incide. Apontou-se como exemplo *o* art. 1.248, alínea 2ª, onde se diz que o comodato se perfaz com a tradição do objeto (3S Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de maio de 1938, *RT* 114/253), mas aí apenas se explícita que o comodato é contrato real, e não que possa ser provado exclusívamente por testemunhas.

(/4 Se houve perda de documento, afirmada pelos figurantes, ou se essa é a alegação de algum deles, não incide o art. 401. Aí, não é o ato jurídico que se vai provar, mas a existência e perda do instrumento.

(c) Se a prova se refere ã validade ou à eficácia do ato jurídico, e não à existência dele, também não incide o art. 401. como não incidia o art. 141 (45 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo. 15 de

maio de 1941, RT 132/659).

(d) Se não se trata de contrato, mas de negócio jurídico unilateral, ou ato jurídico *stricto* sensu, ou de ato-fato jurídico, o art. 141 não incidia (Supremo Tribunal Federal, 16 de maio de 1945, *RT* 160/846, quanto ao pagamento, a que chama "ato unilateral e não-pactício", linguagem ambígua, correspondente a ato nãonegocial, que tanto pode ser *o* ato jurídico *stricto sensu* quanto o ato-fato jurídico, e pagamento é ato-fato jurídico; 35 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de maio de 1941 *(RT* 136/193) nem, pelos mesmos corisideranda, incide o art. 401. Deve-se ler o art. 401 como referente apenas aos contratos, de modo que ficam de fora do seu alcance os negócios jurídicos unílaterais (e.g.. promessa de recompensa, outorga de podei; autorizações, derrelicção), os atos jurídicos *stricto* sensu (e.g., constituição de domicilio; gestão de negócios sem mandato, cf. Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de maio de 1943, 150/698 acerca do art. 141; restituição de penhor; perdão) e os atos-fatos jurídicos (especificação; tomada de posse segundo o art. 493; ocupação, habitação; abandono da posse; abandono da propriedade imobiliária). Alguns acórdãos referem-se ao pagamento como precisando de começo de prova por escrito (e.g., 45 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo. 25 de novembro de 1943, 148/262, 20 de abril de 1944, 154/681, 6 de junho de 1947, 134/105); mas por confusão entre pagamento, ato-fato jurídico, e negócios jurídicos de adimplemento. Por outro lado, a 35 Câmara, a 15 de maio de 1940 (128/103), achou que o art. 141 não incidia em se tratando de dação in *solutum.* o que é desconhecer a classe do instituto e sua natureza negocial bilateral; dação em soluto é contrato de adimplemento; diga-se o mesmo quanto ao art.

401. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13 de janeiro de 1950 *(RF* 132/ 119), esquecendo-se do art.

1.093, 2ª parte, e de que pagamento é ato-fato jurídico e não negócio jurídico, nem, *a fortiori,* contrato. além de confundir pagamento e quitação, aplicou o art. 141. Também erradamente exigiu prova escrita do pagamento a 55 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 25 de fevereiro de 1944 (RT

153/259).

Evidentemente, não se poderia exigir começo de prova por escrito, ou se pré-excluiria a prova plena por testemunha, tratando-se de fatos

jurídicos stricto sensu e de atos ilícitos (2ã Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 11 de janeiro de 1949, *PJ* 49/ 267) e de atos-fatos ilícitos. O enriquecimento injustificado, na parte tocante ao fato, escapava ao art. 141 (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de outubro de 1939, *RT* 124/ 175) e. pois, hoje, ao art. 401.

O relatório médico não é meio de prova; não cria a favor do médico presunção de verdade (sem razão, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de abril de 1945, RT 156/ 290); nem há presunção a favor dos médicos.

(e) Segundo o Código de 1973, art. 402, II, qualquer que seja *o* valor do negócio jurídico, é admissível a prova testemunhal se "o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel".

Assim, se alguém entregou ao cônjuge, ou filho, neto, irmão ou outro parente determinada quantia para que ele fosse, depressa, depositar no banco, em seu nome, ou no do parente. e assistiram ao fato testemunhas, nada impede que se admita a prova testemunhal. Idem, se a pessoa foi ao hospital, em que o parente estava internado, para pagar, em dinheiro, as despesas, e doram testemunhas disso quem o acompanhou, alguma pessoa que também estava perto do caixa e o próprio caixa, a despeito de não figurar na conta o nome do pagador. Se alguém se hospeda em hotel em alta hora da noite, quando ainda não podia ser lhe dado recibo da hospedagem, e ao sair entrega a quantia àpessoa que *o* deixou entrar e ocupar o quarto ou apartamento, e pessoas que o foram buscar assistiram ao pagamento, cabe a prova testemunhal.

Outrossim, se o hoteleiro atendeu a alguém que pediu quarto ou apartamento para amante e, a despeito de haver quem assistisse à entrada, à permanência e à saída, a pessoa que tomou o apartamento não pagou e o hoteleiro não quis remeter-lhe a nota, ou chamá-la pelo telefone.

O que importa, para que se aplique o art. 402, íí, é que o interessado haja alegado e provado que não lhe foi possível obter o documento, necessário à prova. A impossibilidáde pode ter resultado de extravio ou de furto do documento, ou de incêndio. A prova testemunhal tem

de referir-se ao documento que literalmente provaria a obrigação e ao seu conteúdo.

Por outro lado, *depósito* necessário é o que se há de fazer em cumprimento de alguma obrigação, oriunda de regra geral, dever *ope* /egis. ou em caso de calamidade, como se ocorre incêndio, inundação, naufrágio, ou saque, em que a prova testemunhal, como qualquer outra, é admissível. Pemse-se mais nas bagagens de viajantes, de hóspedes ou fregueses, em hotéis, motéis estalagens ou casas de pensão.

5. *Proibidos de depor.* Proibidos de depor (testemunhas inadmissíveis) são apenas as que a lei aponta, —

razão por que. na enumeração delas, não estão os amigos e dependentes de algum dos figurantes (Corte de Apelação de Santa Catarina, 30 de outubro de 1934, RCA 11/109: 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo 28 de setembro de 1948, *RT* 177/266; 6ª Câmara, 10 de setembro de 1948. 177/256). Discute-se se o art. 142. IV. 2ª parte (ascendente. descendente, colateral até o terceiro grau). só se refere às testemunhas em processo. ou se também às testemunhas instrumentárias: pela primeira solução. a 2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 20 de abril de 1934 *(RT* 91/ 124). Diz o art. 142: "Não podem ser admitidos como testemunhas: 1. os loucos de todo o gênero; II. os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos, que lhes faltam; III. os menores de 16 (dezesseis) anos; IV. o interessado no objeto do litígio, bem como *o* ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangúinidad@ ou afinidade; V. os cônjuges." No art. 143 acrescentou-se, como exceção ao art. 142. IV: "Os ascendentes por consangainidade, ou afinidade, podem ser admitidos como testemunhas, em questões em que se trate de verificar o nascimento, ou o óbito dos filhos." Os loucos de todo o gênero, a que se refere o art. 142. 1. são os absolutamente incapazes, ainda que não-interditados. A incapacidade absoluta acarreta a de testemi.‟nhar (cp. Código de 1973. art. 405, § 1ª, 1 e II). A incapacidade do cego ou do surdo (Código de 1973. art. 405, § 1ª, IV). quanto ao testemunho, é *fática:* se não podia ver o que se passou, nao pode falar sobre o fato, como algo que foi visto; se não podia ouvir o que ocorreu, não pode falar sobre o que teria de ser ouvido. O surdo-mudo, que não pode exprimir o pensamento, éincapaz de testemunhar, porque testemunho é expressão. Isso não afasta a possibilidade de o surdo-mudo, incapaz

de exprimir a vontade, poder identificar alguém, por ter assistido, de *visto,* algum fato. Por exemplo: A matou B; o surdo-mudo, que não pode *exprimir a vontade,* pode apontar B e o cadáver. Está-se em pleno mundo fático. Porém os arts. 142 e 143 invadiram o ter reno do direito processual, em vez de se manterem no terreno do direito material. O louco e o cego não podem ser testemunhas instrumentárias de escritura pública; nem o surdo, pois que não pode ouvir a leitura da escritura pública. O louco e o cego não podem ser testemunhas instrumentárias de escritos particulares. O surdo, sim. Os arts. 142 e 143, heterotópicos. foram encampados, desacertadamente, pelo art. 405 do Código de Processo Civil, a cujos *Comentários* (IV, 434 s.) remetemos os leitores.

Testemunhas inadmissiveis não se confundem com testemunhas defeituosas ou suspeitas. Quanto àquelas, não fazem qualquer prova; ao passo que essas fazem a prova que o juiz lhes atribua (Código de 1973, art. 405, § 4ª). por espécie de descoloração do valor probante (e.g., em certas circunstâncias, os cai-xeiros, aprendizes, ou subalternos, Corte de Apelação do Distrito Federal. 7 de março de 1929, *ED* 92/207: Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de junho de 1939. EH 80/189, 3-15 de julho de 1938, EH

76/122: “Se a hierarquia social ou nas funções e empregos motivasse a suspeição de individuos, seríamos forçados a reconhecer o precário valor moral do caráter individual Isso, precisamente. não se presume”; sem razão, presumindo a suspeição e até afirmando carência de credibilidade, a Corte de Apelação de Minas Gerais, a 28 de julho de 1937, *RT* 115/266). Pode bem ser que sejam as melhores testemunhas, como se dá com os empregados domésticos, nas causas de separação judicial (Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 1938. *Si* 17/322). as prostitutas (Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de outubro de 1939, *RT* 125/41; Supremo Tribunal Federal, 10 de julho de 1940, 132/325), os inimigos e os amigos íntimos (Código de 1973, art. 405, § 3ª, III).

O perito pode ser testemunha; a testemunha é que não pode ser perito (Supremo Tribunal Federal. 4 de maio de 1936, *RD* 126/84).

O parentesco, a que se refere o art. 142, IV, é o consangúineo ou o afim (Código de 1973, art. 405. § 2ª, 1). Não importa quem arrolou a pessoa como testemunha. se o parente é a outra parte (4ª Câmara do

Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de março de 1939, El" 119/647). Com a morte do parente. cessa a afinidade e, pois. *o* impedimento *(5ª* Câmara. 28 de março de 1940, 127/212).

É regra jurídica assente, no direito brasileiro, que, nas causas de separação judicial, os parentes e os filhos maiores podem depor. porém não há, para eles, dever de depor (Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 4 de junho de 1936, RT 137/697, e 2ª Câmara, 23 de setembro de 1937, 110/350, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 16 de novembro de 1939, *OD.* II, 366; quanto a parentes; 55 Câmara, 23 de novembro de 1943, ET 151/267, quanto aos filhos maiores; a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de abril de 1945. 156/667, vê no art. 142, IV, 2" parte, quanto aos filhos, ainda nas causas de separação judicial, proibição inexcetuável, e assim a 45 Câmara. a 15 de abril de 1938, 115/632. quanto a quaisquer partes).

Quanto às pessoas interessadas no litígio (art. 142, IV, U parte), são suspeitos (Código de 1973, art.

405, § 3ª, IV): *a) o* sócio, nas causas propostas pela sociedade, ou contra ela. ainda que limitada a responsabilidade do sócio (4ª Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo. 16 de maio de 1940, ET

137/174); *b)* em geral, os que. pela decisão da causa, seriam beneficiados ou prejudicados, isto é, poderiam ser autores, réus, litisconsortes, ou assistentes (Corte de Apelação de Minas Gerais, 16 de janeiro de 1937, EF 69/543); e, impedidos. (Código de 1973, art. 405, § 2ª, III, t figura) c) os órgãos da sociedade, ainda que anônima

(35 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 25 de novembro de 1936, *RT* 105/129).

Os procuradores de uma das partes, fora da causa, não são só por isso impedidos (35 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de dezembro de 1945, *RT* 161/621).

O parente do tabelião ou do escrivão não é impedido para figurar em ato jurídico ou depor (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 17 de fevereiro de 1944, EH 101/536). Nem os escreventes e empregados do tabelionato (35 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 11 de dezembro de 1936, ET 105/674).

O inimigo não é impedido de depor (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de setembro de 1946, *RT* 164/ 316), nem de testemunhar instrumentariamente.

O depoimento dos impedidos era sem qualquer valor probante (sem razão, a 55 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 7 de outubro de 1936, *RT* 105/155), mas sob o Código de 1973, art. 405, § 45, sendo estritamente necessário o juiz os ouvirá independentemente de compromisso e lhe atribuirá o valor que, *ipso facto,* possa merecer.

6. *Sigilo profissional.* Para que o art. 144 incida é preciso que exista o dever de *sigilo.* Tem-no o advogado (45 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 11 de dezembro de 1935, ET 106/ 137); se os fatos, que conhece, lhe foram comunicados, em segredo, pelo constituinte (55 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de março de 1940, 127/212); tem-no o médico (1ª Câmara, 27 de janeiro de 1941. 132/651).

§ 352. Presunções

1. *Espécies de presunções.* O Código de Processo Civil de 1939. no art. 251 ("A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria lei a excluir.") pôs-se na mesma linha do Reg. Nº 737, de 25 de novembro de 1850, que definia, nos arts. 184 e 185. as presunções legais, distinguindo-as em *absolutas* e *relativas.* O legislador do Código de Processo Civil antenor, estando a escrever título sobre provas, preferiu definir a admissibilidade delas nas presunçôes legais, enquanto que o legislador do Código de Processo Civil atual estatuiu no art. 334. IV. não dependerem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. A sua definição também pertence mais à ciência que a conjunto de regras jurídicas. Não diz mais do que essa tautologia: quando as leis estabelecem presunção luris et *de iure,* que é irrefragável, nenhuma prova contrária se admite: quando, em vez disso, a presunção for iures *tantum,* cabe a prova em contrário. A presunção Eu *ris et* de iure é inatacável: nenhuma prova em contrário é admitida, inclusive a notoriedade do fato; *o* legislador concebeu-a assim; a presunção *iuris* et de iure, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório. Entre

as presunções legais absolutas e as presunções legais relativas ordinárias (em que se admite prova contrária), apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais (e.g.. o art. 130), há as presunções legais mistas, a respeito das quais a lei, admitindo prova em contrário, especifica algum ou alguns meios de prova (cf. Código Civil, art. 340).

Não há dúvida que o art. 251 do Código de Processo Civil de 1939 — regra jurídica sobre regras juridicas sobre presunções — veio estabelecer que, se a lei mesma não diz absoluta a presunção. se há de ter como relativa. Regra juridica de sobredireito *(Uberrecht),* porque *sobre* regras jurídicas; regra juridica de interpretação das leis. Se não estivesse escrita, a mesma atitude deveria tomar o intérprete de leis, porque a presunção Eu *ris et de iure* é rara. Na ficção, tem-se A, que não é, como se fosse. Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não sen como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse. Na presunção legal relativa, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser. como se não fosse, admitindo-se prova em contrário. A presunção legal mista é a presunção legal relativa, se contra ela só se admite a prova contrária *a.* ou *a* ou *b.* Na glosa ao Digesto, de *probationibus* et *praesumptíonibus. 22.* 3. há a distinção das presunçoes 1) quaedam est talis, cui datur etiamsi contra quis probaret. 2) alia, cui statur, donec contra probatur, 3) alia, cui non datur aliquo modo, nisi adminicula habent". Acolá, necessaria; ali.

uoluritaria; aqui, *probabilis.* Respectivamente, *praesumtiones* iuris et de iure, *praesumtiones* iuris *tantum, praesumptiones facti.* A Glosa mesma aventurou que a presunção iuris et de iure importa em ficção (ad L.

unica, D., 4, 2): et *magis* dicitur *hctio.* Porém, se. em verdade, há fundo comum, as ficções são mais do que presunções legais, ainda absolutas. A ficção enche de artificial o suporte fático; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu. A ficção tem no suporte fático elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê. Daí, nada se presumir, quando se elabora ficção.

Se A, então B; e não se A, então AA. A aceitação da herança, na espécie do art. 1.584. não é ficção; evitou-se dizer: prescinde-se da aceitação, na espécie do art. 1.584 (o que não seria o mesmo). Á base das presunções legais está julgamento sobre fatos que não se podem conhecer facilmente, ou que de ordinário escapam à investigação, tal como, a respeito dos que morreram na mesma ocasião, sem se poder averiguar, se presumem simultaneamente mortos: "Non videtur alter alteri supervixisse" (Marciano, L. 18, pr., D., de *rebus* dubiis. 34, *5;*

Código Civil, art. 11). A ficção abstrai de toda consideração de probabilidade: o legislador mesmo prescindiu de toda exploração do real: pareceu-lhe melhor criar o elemento ou os elementos do suporte fático e impô-los, como se fossem reais, ao mundo jurídico. O *Infans* conceptus pro *nato habetur* põe no suporte fático nascimento que não houve; donde ter-se pensado em ficção, antes de se ter percebido que se tratava de suporte fático completo de regra protetiva. Na imobilização por destino (Código Civil, art. 44, II e III), no horário de verão (mais uma hora, pelo adiantamento dos relógios) e outros expedientes a ficção ressalta, com ou sem o diabolismo que lhe via J. E. Kuntze *(Die Obligation und die Singularsuccession,* 89). A presunção legal toma alguns elementos, fáceis de prova, e tem-nos como suficientes para que se considerem acontecidos, ou não acontecidos, outros. No fundo, há prova indireta, posto que nem toda prova indireta se prenda a presunção: pode ser certa, sem qualquer alusão à simples probabilidade. A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém. pode ser elidida, in concreto e in *hypothesi.* Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas. concebe-as ele como presunções inelidiveis, irrefragáveis: tem-se por notório o que pode ser falso. A confusão das ficções com as presunções ainda se nota em W.

Endemann *(Der deu tsche Civilprozess,* III, 534), A. Wach *(Handbuch des deu tschen Zivilprozessrechts,* 1, 302), H. Fitting (Die Grundlagen der Beweislast, *Zeitschrift fúr deutschen Zivilprozess,* 13, 79) e H.

Burckhard *(Die civilistische Pràsumtionen,* 369 s. e 406), como em B. Betzinger *(Die Beweislast im Zivilprozesse,* 362) e tantos outros.

(Faltou aos juristas atentarem na sucessão de três planos inconfundíveis: o plano do *ius* condendum, em que se pode falar da presunção iuris *et* de fure e da ficção, como expedientes técnicos, e das presunções *Euris tantum:* o plano do *lus conditum,* em que não se pode falar de ficção, nem de presunção Eu *ris* et *de iure,* porque já passou o momento; e o plano do direito processual, em que se pesam as provas e se hão de apreciar a prova contrária à presunção *iuris tantum* e as provas em que se incluem as presunções *facti* ou *homin is.* Presunção iuris *et de iure* não existe como "prova". Nem é "prova" a ficção. Ambas são expedientes de técnica legislativa, que, feita a lei, não mais se vêem. As regras jurídicas sobre presunções *Eu ris tantum,* sim: vêem-se, quando já se está no plano do *ius* conditum, porque estabelecem algo que a prova contrária pode afastar. Devemos, pois, eliminar, na

exposição sistemática da *lex lata,* qualquer alusão à ficção ou à presunção *iuris et de iure,* expedientes técnicos de que pode ter-se servido o legislador.)

. *Presunções legais relativas.* De regra, toda presunção legal permite a prova contrária. Para que não a admita, é preciso que a lei mesma o diga. A lei só o diz se o legislador entendeu que melhor fora afastar a discussão, ou desprezar os casos de possível não-ocorrência do que se presume. Se não havia razão para isso, errou, de *fure condendo,* o legislador O art. 251 do Código de Processo Civil de 1939 apenas inseriu no direito escrito regra de sobredireito. o princípio As *presunções legais* sâo *relativas,* principio que, para ser afastado, exige a lei que, na espécie, o exclua. A fonte foi o § 292, 1ª parte, da Ordenação processual alemã (revista em 1398): "Stellt das Gesetz fúr das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, 5º ist der Eeweis des Gegenteils zulãssig, sofern nicht das Gesetz em Anderes erschreibt". A inserção de presunções legais em leis de direito processual havia estabelecido certos contrastes com o direito material, até que se firmou pertencerem a esse as regras sobre as presunções legais, se nao concernem ao processo mesmo. No 1

Projeto de Código Civil alemão (§ 193), a regra de sobredireito surgira *(Entwurf 46).* Com isso, obviou-se aos graves inconvenientes das incertezas interpretativas diante de expressões tais como "presumir", "presume-se" e "presunção", que podiam referir-se a presunções legais absolutas e a presunções legais relativas.

Que a regra seria supérflua, procurou sustentá-lo L. Seuffert (Zur Revision der CPO. bei Einfúhrung des BGB, *ZeitschriJt fúr deutschen Zivilprozess,* 22, 332); mas a regra foi introduzida no § 292 da Ordenação processual civil alemã. Passou a servir à discriminação das presunções, devendo-se ler, onde se fala, no §

292 da Ordenação processual civil alemã e no art. 251 do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, de

"lei", qualquer regra jurídica, inclusive a regra jurídica costumeira (cl. H. Burckhard, *Die civilistische Pràsurntionen,* 226; II. W. Hedemann, *Die ⁄ermutung,* 126). Qualquer regra juridica pode pôr a presunção e há de entender-se relativa, se a regra, que a criou, não diz que é absoluta, isto é, se, explícita ou implicitamente, não exclui a prova em contrário. Houve vantagem na redação do art. 251, em relação ao § 292, porque, enquanto esse se refere à presunção para a ocorrência, a

existência de fato *(Vorhandenseín ciner Tatsache),* o art. 251 abarcou qualquer presunção de existência ou de inexistência. Mais ainda: o art. 251 não deixou dúvida quanto à sua incidência, se se presumia, em vez de fato, ou de não-fato, existência ou inexistência de relação jurídica, ou da entrada ou não-entrada de suporte fático no mundo jurídico. A regra da admissibilidade da prova em contrário somente não incide, se a regra, que criou a presunção, ou a recriou, ou a alterou, não a fez absoluta. Quanto às presunções legais mistas, também não incide, porque elas mesmas aludem, por definição, às provas que se admitem. Pode-se discutir, e discutiu-se, se o lugar da regra seria no art. 251 do Código de Processo Civil, ou no Código Civil, ou na Lei de Introdução; mas a regra é de sobredireito e o lugar próprio seria a Lei de Introdução. Outro ponto, que se há de pôr em relevo, é quanto a ser ou não ser regra *de prova* a presunção. A respeito, R. Schmidt *(Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* 431, não sem certa contradição com trecho seguinte, 432) e L. Seuffert *(Kommentar zur CívilprozessOrdnung,* 643) frisaram a distinção: o primeiro acentuou que a regra de prova *(Beweisregel)* ergue consequências experienciais de meios de prova a fatos, ao passo que as presunções o fazem de fatos a fatos. A questão tem importância prática para se distinguir, em direito internacional privado, o que é da *lex fori* e o que é a da *lex contractus* ou de outra; mas, ainda sim, essa pode "materializar" regras de prova. Em todo o caso, a atitude de R. Schmidt e de E. Betzinger *(Die* Beweislast mi *Zivilprozess,* 371) foi contrastada pelos que consideram o problema do ponto de vista do ônus da prova. Mas, em verdade, a presunção legal absoluta é *acima* de toda consideração da determinação do ônus da prova e suas regras; e a presunção legal relativa implica inversão do ônus da prova, posto que nem toda inversão do ônus da prova implique presunção legal relativa. No Código Civil alemão, monumento de técnica jurídica, não há um só exemplo de presunção *iuris et de iure.* O que se pensa, em ciência, e se proclama é que a presunção *iuris et de iure* é instituto antiquado, que não merece, sequer, na literatura, lugar de relevo (e.g., J. W. Hedemann, *Die Vermutung,* 218: "Bei der praktisch áusserst geringen Zahl der Beispielfâlle verdient em antiquiertes lnstitut wie die praesumtio iuris et de iure nicht mehr lânger in der Literatur eine betomte Stelle einzunehmen").

No direito francês, o art. 1.384, alínea 3t disse que são responsáveis "les maitres et les commettans, du dommage causê par leur domestiques et préposês dans les fonctions auxquelles ils les ont emplopés", e interpretou-se que *les maítres et les commettans* não podem dar prova em contrário à presunção legal (cf.

G. Baudrv-Lacantinerie e L. Barde, *Des Contrats ou des Obligations conventionnelles,* IV, 615 s.), utilizando-se, para isso, o argumento *a contrario sensu,* deduzido da alínea 5ª do art. 1.384. que, para a admissão da prova em contrário, só se referiu a pais e mães, instituidores e artifices. Em verdade, há, aí, regressão do pensamento à responsabilidade dos senhores dos feudos e terras, com as suas lutas pelos atos, quaisquer, dos que estavam sob seu senhorio. Ouve-se o eco das pelejas feudais. Acertado é que se presuma a *culpa in eligendo et inspiciendo;* não que se negue ao patrão, amo, ou comitente, a prova de que nenhuma culpa teve. A responsabilidade não há de ser pela culpa de outrem, e sim pelo ato de outrem e culpa própria, que se presume. (O art. 1.523 precisava ser corrigido para que se afeiçoasse ao Código de Menores em vigor e atendesse à corrente jurisprudencial que pretendia e pretende ver na presunção legal relativa, *verhis*

"Presume-se a culpa das pessoas enumeradas no art. 1.523, 1-1V", solução jurídica ao problema *social* e *político* do acidente no trabalho. Um dos maiores males do nosso tempo é a pressa, a adesão de útima hora, com que os espíritos reacionários se açodam. e a sem-cerimônia, com que a meia ciência jurídica, em vez de enfrentar e resolver, tecnicamente, os problemas, dinamita conceitos e princípios jurídicos, alguns fundamentais, — sem perceberem que o seu tenor pânico e a sua mediocridade científica estão a destruir construção de vinte e tantos séculos de civilização.) O acidente no trabalho, quando não há culpa do empregado, nem do patrão, ou quando há culpa sem ser dolo do empregado. deve ser reparado. Tal o problema científico-técnico. Se se quer lançar sobre o empregador toda a responsabilidade, infringem-se princípios de justiça social (Constituição de 1988, art. 193), qualquer que seja *o* conceito auxiliar de que se lance mão, se não se ressalva a sua defesa. Se se ressalva, fica o empregado sem reparação em casos em que a sua culpa pudesse ser provada. O problema transcende à esfera dos princípios que regem a reparação pela contrariedade a direito, ou pelo ilícito. Daí as fórmulas. bem mais eficientes, do seguro obrigatório, que se vai entroncar na velha Lei alemã de 6 de julho de 1884 e tem rigidez constitucional na Constituição brasileira de 1988. art. 79, XXVIII, e da previdência social compulsória, segundo o art. 201.

Quanto ao art. 251 do Código de Processo Civil de 1939, ~que influência teve ele sobre o direito material ou formal em que, *antes,* havia presunções legais? Primeiro, o art. 251 alcançou presunções que estavam nas leis estaduais e municipais (cf. A. Wach, *Handbuch,* 1, 127 e nota 33; 1-1. Burckhard, *Die civilistische Pràsurntionen,* 354; J. W. Hedemann, *Die Vermutung,* 344 s.). Segundo, a presunção legal, por

certo, segue a sua "lei": onde estava assente que era absoluta a presunção legal, a absolutidade continuou; onde era só discutida (não assente), o art. 251 do Código de Processo Civil funcionou como elemento decisivo de interpretação, a favor da solução favorável à relatividade da presunção (sobre algumas espécies, J. W. Hedemann, *Die Verrnutung.* 346 e 350).

§ 353. Prova importada

1. *Certidões de atos* processados em *juízo.* As certidões pelos escrivães judiciais quanto a atos processados em juizos provam esses atos. Isso não quer dizer que o juiz de outro juízo ou tribunal tenha de atribuir a mesma virtude probante ao ato processado alhures que o juiz que o processou teria de dar, confusão em que incorreram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a 19 de fevereiro de 1934 *(RT* 113/779) e a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de setembro de 1946, 168/213; mas certo, a 5a Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a de dezembro de 1937 (111/636).

A prova importada, a prova chamada de empréstimo. pode ter algum valor como qualquer elemento fático. porém não como confissão, ou depoimento pessoal, ou testemunho (sem razão, a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de agosto de 1946, 166/185). Não há, sequer, a regra jurídica, não-escrita, que a 6a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de agosto de 1947 (170/290), quis introduzir, de se ter de admitir a prova importada se e enquanto não se prova o contrário (o valor de prova pode não bastar por si). Por outro lado, a exigência da identidade objetiva e subjetiva entre as duas causas, que João Monteiro exigia para que se desse valor probante à prova importada, é fora dos princípios. De tal fantasia há repercussão na jurisprudência *(e.g.,* 5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 27 de janeiro de 1937, *RT* 107/232). Se A confessou, na causa que contra ele moveu B, que negociava com entorpecentes, tal confissão tem valor probante, embora não-pleno, na ação que lhe mova o Estado, ou na ação que lhe mova o locador para a resilição do contrato de locação (art. 1.193).

Valor da prova importada. A prova importada é prova fraca, prova

indiciária, "prova inferior", disse a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 27 de junho de 1947 (169/676); para que ela tivesse o valor que teria noutro juízo, ter-se-ia de mudar, profundamente, a concepção da distribuição da justiça.

§ 354. Prova pericial

1.

Natureza da prova pericial. A prova pericial é prova de fato; isso não pré-exclui que ela se possa referir e provar a autoria (sem razão, o Tribunal de Apelação de Alagoas, a 7 de dezembro de 1945, *RCJB*

74/219).

2. *Perito.* O perito é sempre pessoa física. Perícia confiada a pessoa jurídica seria perícia por seus órgãos, ou por pessoa que ela indicasse; de qualquer modo o sistema jurídico brasileiro não admite *o* perito pessoa jurídica, nem a delegação do poder de nomear peritos (cf. 5a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18

de fevereiro de 1949, *RT* 179/762; Y Câmara, 15 de dezembro de 1949, 185/179). O valor da perícia há de ser apreciado pelo juiz, que não é adstrito ao laudo, ainda unânime. No mais, esse assunto pertence ao direito processual.

§ *355.* Indícios

1. *Indícios,* conceito. São indícios, conforme o próprio nome o diz, os dados de fato que indiciam algum fato. Alude-se, implicitamente, à incerteza subjetiva e à que os elementos de prova não bastam. Daí a gradação deles, desde os indícios fracos aos indícios fortes, ditos *veementes,* o que ainda traí a alusão à incerteza subjetiva.

As vezes, não basta o dado de fato à prova plena, sem ser Bibliografia apenas indicio. O conceito de começo de prova por escrito foi criado

para se afirmar que já se está no plano dos documentos, sem já se estar no plano dos simples indícios.

2. *Prova por meio de gravação.* A prova por meio de gravação é prova indiciária. Não é testemunhável, nem documental. Quando a lei fala de documento não se refere a discos e películas quer sónicas quer fotográficas. Assim, a gravação de conversa telefônica precisa satisfazer outras exigências de audibilidade e autenticidade das vozes, sem se ir ao exagero da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de fevereiro de 1949 *(RT* 180/ 294, e 17 de fevereiro de 1950, em embargos, 185/156). que falou da "aplicação por pessoa de toda a confiança". O que lhe tira valor probante, como a qualquer gravação de voz, e a mm-teligibilidade ou a falta de autenticidade das vozes (3a Câmara, 27 de outubro de 1949. 184/171); quanto às fotografias e cinematografias. o não haver suficiente visibilidade ou falta de reconhecibilidade das pessoas e coisas.